

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI

SUR LA

Séparation de Biens contractuelle

Etude critique de la Pratique Notariale d'après la Doctrine
et la Jurisprudence.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Es Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le Mardi 30 novembre 1920 à 15 heures

PAR

Paul MOISSINAC

Décoré de la Croix de guerre

Président : M. CAPITANT, professeur.

Suffragants { MM. WAHL
 DEMOGNE } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. Pichon et Durand-Auzias, Administrateurs

LIBRAIRIE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

20, Rue Soufflot (5^e arr.)

1920

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.***

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI

SUR LA

Séparation de Biens contractuelle

Etude critique de la Pratique Notariale d'après la Doctrine
et la Jurisprudence.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Es Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le Mardi 30 novembre 1920 à 15 heures

PAR

Paul MOISSINAC

Décoré de la Croix de guerre



Président : M. CAPITANT, professeur.

Suffragants { MM. WAHL
 DEMOGNE } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{le} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. Pichon et Durand-Auzias, Administrateurs

LIBRAIRIE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

20, Rue Soufflot (5^e arr.)

1920

Essai sur la Séparation de Biens contractuelle.

A la séance du 20 juillet 1920¹, un sénateur, M. Martin demandait au Sénat de voter l'abrogation de l'article 213 du code civil. En vertu de cet article « le mari doit protection à sa femme et la femme doit obéissance à son mari ». Il semblait à l'honorable sénateur que ce devoir d'obéissance ne convenait plus au caractère indépendant de la femme mariée française et il croyait que le biffer d'un trait de plume suffirait à le supprimer définitivement des mœurs du foyer domestique. Le Sénat confiant dans la saine vertu des traditions conjugales a refusé de s'associer à cette vaine manifestation d'un féminisme mal compris. Nous osons espérer que les bruyants auteurs de semblables propositions deviendront plus discrets et qu'après avoir par le divorce accru la fragilité du lien conjugal, ils n'iront point semer la discorde dans la famille et soulever l'un contre l'autre mari et femme. La proposition de M. Martin n'était qu'un coup de bâton dans l'eau ; quelles sont les femmes qui reconnaissent à leur mari une certaine autorité en vertu de cet article 213 ; quelles sont celles qui connaissent cet article ? Si M. Martin se rendait compte de leur nombre infime, il serait navré de l'inutilité de son effort.

Quoi qu'il en soit de cet incident parlementaire, il n'est pas moins vrai qu'il reste un signe des temps.

Au cours de la guerre la femme a senti grandir son indépen-

1. *Journal officiel*, débats parlementaires; p. 1187.

dance. Seule au foyer, tandis que son mari se battait, elle a dû en assurer la subsistance et la direction; elle a été chef de famille pendant plusieurs années et dans des circonstances particulièrement difficiles. Elle a pris la direction du fonds de commerce, de la ferme, de l'industrie; hésitante et intimidée au début, elle a constaté après quelques mois d'apprentissage que son sexe ne la laissait pas inférieure à la tâche qu'elle n'avait jamais osé affronter et qu'elle considérait comme réservée à l'activité de l'homme. Bien plus, quand le pays faute de bras a fait appel à la main d'œuvre féminine, celle-ci a soudain envahi tous les emplois jusqu'alors affectés aux hommes.

Bref la femme s'est rendu compte qu'elle valait et pouvait autant que l'homme; et oubliée du rôle spécial que la nature lui a confié elle a voulu et elle veut encore aujourd'hui garder la place où des circonstances imprévues l'ont appelée.

Il serait long et hors de propos de présenter ici une étude ou un historique du mouvement féministe. Mais nous voulons simplement marquer l'intérêt d'actualité que nous a semblé présenter une étude du régime de séparation de biens.

C'est qu'en effet dans ces diverses manifestations d'activité indépendante auxquelles la femme s'est livrée au cours des récentes années, l'une des plus intéressantes a porté sur la gestion de sa fortune et la surveillance quotidienne de ses intérêts pécuniaires. Or, à la base de l'union conjugale se trouve la charte pécuniaire du ménage : régime légal ou contrat de mariage, peu importe, mais ensemble de dispositions légales ou conventionnelles qui régissent les conséquences pécuniaires de cette union.

Peu importe à la femme l'art 213 et ses dispositions; plus lui importera son indépendance de gestion pécuniaire. Sans doute il y a treize ans déjà, une loi bien connue et maintes fois étudiée donnait à la femme la libre disposition de ses gains et salaires et lui permettait de se constituer sous le nom de « biens réservés » un pécule indépendant de l'administration du mari. Mais ce n'est là qu'un champ d'activité bien limité : et il nous a semblé que l'étude de la séparation de biens con-

tractuelle présentait un véritable intérêt d'actualité comme nous permettant de chercher si ce régime pouvait, sans désorganiser le foyer, donner à la femme une autonomie suffisant à son désir d'indépendance.

Une étude assez récente¹ de M. Chambel sur « La séparation de biens comme régime matrimonial légal » envisageait l'éventualité de la substitution de ce régime à la communauté légale. Un projet de loi avait, d'ailleurs, dès 1908, été déposé dans ce sens à la Chambre des Députés par M. Charles Beauquier député du Doubs².

Avant de décider sur une question d'aussi grave importance, il nous a paru intéressant de présenter dans une étude quelque imparfaite qu'elle pût être, les traits généraux du régime de séparation telle que la pratique notariale l'a conçue. Si l'on veut, en effet, en faire le régime légal, il faut rechercher dans quelle mesure la pratique a modifié le régime tel qu'il était conçu par la loi, et dans quelle mesure la jurisprudence a complété la loi ou suivant quel esprit elle l'a interprété. C'est là ce que nous avons essayé de faire.

Nous avons rassemblé un grand nombre de contrats de mariage; nous avons recherché les principales clauses; nous en avons rapporté les termes mêmes et nous les avons étudiées. A cette occasion qu'il me soit permis de remercier MM. les notaires de Paris et de province qui ont bien voulu me faire bénéficier de leur expérience et me laisser consulter leurs minutes.

Au cours de ces recherches, un autre intérêt nous est apparu, et la dernière loi de finances ayant pour objet de créer de nouvelles ressources fiscales n'a fait que l'accroître à nos yeux. Le régime de séparation de biens est celui sous lequel l'on peut avec le minimum d'inconvénients ne pas mentionner les apports des futurs époux. Or, à l'heure présente, ce silence présente un grand intérêt; il dispense les futurs époux d'hono-

1. Thèse, Paris, 1911, t. 39.

2. *Documents parlementaires*, Chambre 1908, annexe 1680, p. 316.

raires et de frais d'enregistrement souvent élevés; il laisse le fisc incertain de la fortune du nouveau ménage et lui enlève un moyen précieux de contrôler la déclaration nécessaire pour fixer l'impôt sur le revenu.

Cette raison d'intérêt fiscal nous commandait d'étudier dans quelle mesure cette dispense de la mention des apports était avantageuse ou préjudiciable aux futurs époux; et à ce sujet nous avons pu nous occuper d'un très récent projet de loi de M. Sibille, député.

Il fallait toutes ces raisons d'intérêt d'actualité pour expliquer le choix de l'étude d'un régime généralement décrié, assez peu répandu et au demeurant, peu conforme aux habitudes de la famille française.

Car nous devons bien reconnaître, même après une étude qui devrait nous donner certaine sympathie pour le régime qui en est l'objet, que ce n'est point, socialement et juridiquement parlant, le régime idéal.

Sans doute les institutions valent d'abord d'après leur mode d'application, et le régime matrimonial vaut d'après les époux; mais enfin, n'y a-t-il pas quelque chose d'excessif dans la séparation complète? « Vivre chacun sa vie économique » me paraît tout aussi dangereux que la séparation morale. Deux époux doivent être assez unis pour se concerter et se conseiller; la communauté d'inspiration et de but ne se concilie guère avec une séparation d'intérêts. Les deux époux vivant l'un chez l'autre, cette part contributive versée par la femme au mari fait songer à la pension payée par quelque client à son hôtel ou à sa maison de famille. Ce n'est pas le foyer.

En outre, l'intérêt qu'il peut présenter pour la femme en lui donnant la libre administration de sa fortune est singulièrement diminué par les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence et pour tout dire, par les lacunes du Code sur l'exacte délimitation de ces pouvoirs. Tant et si bien qu'en pratique la femme séparée de biens se voit, comme telle autre femme mariée sous un autre régime, contrainte de justifier sans cesse de l'autorisation maritale.

Sur ce point des tentatives sérieuses ont été faites par le législateur pour améliorer la situation de la femme contractuellement séparée. Signalons en particulier le projet de M. Beauquier voté à la Chambre, en suspens au Sénat et ayant pour but de supprimer l'incapacité légale de la femme séparée.

Il en résulte que ce régime est assez peu répandu. Il est difficile de connaître l'exacte répartition des régimes matrimoniaux dans les contrats de mariage. Nous sommes obligés de revenir à l'enquête faite par l'administration de l'Enregistrement en 1898¹. Sur 287.179 mariages célébrés en 1898, 82.346 seulement avaient été précédés d'un contrat de mariage. Sur ces 82.346 contrats, les répartitions suivantes se présentent :

Communauté légale	866	Régime sans communauté	1.694
— d'acquêts	67.288	Séparation de biens	2.128
— universelle	258		
Total de Communauté	68.412		3.822
Régime dotal avec paraphernalité			2.849
— sans			2.703
— avec société d'acquêts			4.560
			10.112

Par départements la séparation de biens atteignait dans les anciens pays de coutume :

Nord	35 sur 4.162 contrats.	Saône-Loire	7 sur 1.738 contrats.
Seine	486 — 4.244	Doubs	14 — 392
Aisne	15 — 1.151	Hte-Saône	11 — 223
Vendée	5 — 1.089	S.-et-Oise	36 — 1.128
Nièvre	8 — 1.167	Aube	23 — 371
Creuse	7 — 1.020	Loire-Inf.	18 — 282

Dans les pays de droit écrit :

Languedoc.		Savoie et Dauphiné	
Hte-Gar.	95 sur 1.443 contrats	Savoie	36 sur 342 contrats.
Tarn	150 — 980	Hte-Savoie	42 — 178
Aude	27 — 406	Isère	35 — 1.745
Hérault	13 — 637	Drôme	23 — 2.231
Gard	39 — 952		
Lozère	86 — 468		

1. *Bulletin de législation et de statistique comparée*, année 1899, p. 145.

<i>Provence.</i>			<i>Guyenne et Gascogne</i>		
			Aveyron ...	42 sur 1.314 contrats.	
B.-du-Rh. . .	51 sur	487 contrats.	Tarn-et-G . . .	72 —	882 —
Var.	18 —	191 —	Gers	22 —	996 —
Alp.-Mar. . .	38 —	190 —	Ariège	40 —	614 —

Nous avons cité ces chiffres à titre de curiosité; il semble difficile d'en tirer des conclusions intéressantes. Sans doute, la proportion est plus forte dans les anciens pays de droit écrit que dans les anciens pays de coutume. En effet, les pays de droit écrit, pays de dotalité, trouvaient ce régime dans leur traditionnelle distinction entre la dot et les biens paraphernaux et au cas de paraphernalité complète sans constitution de dot la femme avait seule l'entière administration de sa fortune, ce qui est le trait distinctif de la séparation de biens. Les pays de coutume sans doute avaient connu ce régime, mais ils y étaient venus par nécessité dans des cas où l'exclusion de la communauté avait paru indispensable sous l'action de certaines circonstances particulières.

Il est difficile de savoir la progression suivie pendant ces vingt dernières années; nous croyons néanmoins, malgré les imperfections du régime, qu'il y a progression.

Ce régime, en effet, peut-être utilement conseillé, en dehors des considérations psychologiques ou fiscales émises plus haut à diverses catégories d'individus savoir : aux personnes ayant l'un ou l'autre des enfants d'un précédent mariage; aux époux d'âge mûr ou ayant entre eux une notable différence d'âge; lorsque le mari a des dettes et se trouve par conséquent exposé à des poursuites de la part de ses créanciers ou encore quand il exerce une profession à risques considérables et à grosse responsabilité; lorsque la femme se propose de faire un commerce sans la participation de son mari; dans le cas où une femme riche épouse un homme sans fortune ou inversement; ou enfin, lorsque deux rentiers s'unissent en pouvant vivre de leurs revenus respectifs.

Il nous paraît que hormis ces cas, le régime de séparation de biens doit être écarté comme convenant mal, ainsi que l'établissent les chiffres ci-dessus à notre mentalité française.

Mais nous considérerions cette étude comme inutile si elle ne nous permettait pas après avoir critiqué, de préconiser quelques avantages du régime étudié.

A notre avis, la séparation de biens peut-être appelée à une grande faveur le jour où réglementée dans les pouvoirs qu'elle confère à la femme, l'on prendra l'habitude d'en corriger le caractère égoïste par l'adjonction de la clause de Société d'acquêts.

Elle perdra ce caractère de séparation complète d'intérêts qui contraste étrangement avec le caractère même de l'union conjugale, et elle corrigera un vice fondamental de la Communauté d'acquêts. La Communauté, en effet, lèse gravement la femme en la réduisant à une impuissance économique complète et en confiant au mari l'administration et la jouissance de ses biens propres. Une réforme en ce sens s'impose qui est de laisser à la femme l'administration et la jouissance de ses propres; sinon on risque d'être contraint d'aller plus loin et d'être obligé de briser les anciens cadres en reconnaissant à la femme la pleine capacité et la libre disposition de ses biens propres. Nous en arrivons ainsi à la solution qui semble la plus équitable : régime de séparation de biens avec Société d'acquêts.

Une intéressante communication belge nous montre la pratique belge s'orientant dans ce sens; elle émane de M. Galopin professeur de droit à la Faculté de Liège, van Biervliet, professeur de Droit à la Faculté de l'Université catholique de Louvain, Vanisterbeek, notaire à Bruxelles, membre du Comité de Direction de la *Revue Pratique du Notariat Belge*. Ils disent que « dans les villes et dans les grands centres, la communauté d'acquêts tend à faire place à la séparation de biens mitigée par une société d'acquêts et que les contrats de mariage adoptant ce régime sont de plus en plus nombreux ».

La pratique française révèle des aspirations analogues; quoique timides encore, elles ne sont pas moins caractéristiques. Cette évolution nous paraît sage et sans compromettre l'harmonie du foyer conjugal, elle nous semble propre à satisfaire les légitimes aspirations des femmes françaises.

CHAPITRE PREMIER

Quand y a-t-il séparation de biens contractuelle?

La séparation de biens contractuelle nécessite la rédaction d'un contrat de mariage, acte soumis à différentes règles d'authenticité, de solennité et de publicité qu'il n'y a pas lieu de rappeler ici.

C'est dans l'article I de leur contrat de mariage que les futurs époux font le choix du régime, base de leur union et quand ils choisissent le régime de séparation, la formule de rédaction la plus courante est libellée ainsi qu'il suit : « Les futurs époux déclarent adopter comme base de leur union le régime de la séparation de biens conformément aux articles 1536 et suivants du Code civil. »

La formule notariale ainsi rédigée est claire et précise; elle répond, d'autre part, aux règles posées par les art. 1530 et 1536 qui exigent que l'intention des parties soit clairement exprimée. C'est ainsi qu'il ne suffirait point d'exclure la communauté; il faut que la femme s'attribue « l'administration et la jouissance de ses biens »; cet effet fondamental ne peut se sous-entendre; peu importe toutefois la formule pourvu qu'elle ne laisse subsister aucun doute. Car, s'il y avait quelque doute, la séparation de biens serait repoussée et l'exclusion de communauté lui serait préférée comme se rapprochant davantage du droit commun.

Le problème paraît donc simple à résoudre. Mais le principe de la liberté des conventions matrimoniales établi par l'art. 1387, joue sous ce régime comme sous les autres et si l'article 1^{er} est généralement clair et facile à interpréter, maintes fois aussi les articles suivants introduisent des clauses accessoires qui bouleversent et transforment le régime adopté par la formule très nette de l'article 1^{er}.

Dans d'autres cas, au contraire, alors que l'article 1^{er} du contrat avait adopté un régime autre que la séparation de biens les articles suivants stipulent des clauses qui transforment le régime primitivement choisi et établissent en réalité une véritable séparation de biens.

Conformément à la première hypothèse, nous avons, dans la pratique, rencontré maints contrats portant adoption de la séparation de biens, avec adjonction d'une clause de Société d'acquêts. Cette clause tout en laissant subsister l'économie du régime de séparation de biens crée une masse de biens commune aux deux époux et aboutit à la juxtaposition de deux régimes à effets contraires. Elle fera l'objet d'une étude détaillée dans le chapitre IV.

Parfois à la séparation de biens est jointe une clause de dotalité : un contrat de novembre 1887, reçu dans une étude de Paris disait dans son article premier :

« Il y aura séparation de biens entre les futurs époux, conformément aux articles 1536 et suivants du Code civil, avec la dotalité ci-après stipulée. » Les articles suivants s'occupaient de la contribution aux charges du ménage, des apports des époux, etc. Puis, l'art. 6 stipulait : « Malgré la séparation de biens ci-dessus adoptée comme base de leur union, les futurs époux déclarent frapper de dotalité les biens ci-après désignés de la future épouse... La future épouse aura des biens dotaux l'entière administration et la jouissance particulière sans avoir besoin d'aucune autorisation. »

En présence de stipulations pour ainsi dire contradictoires, le commentateur éprouve quelques difficultés. Car, quel est en

définitive le régime adopté ? Est-ce un régime dotal ? est-ce un régime de séparation de biens ? sans doute, il n'y a pas entre les divers régimes prévus par le Code de cloison étanche ; mais comment concilier les effets contraires de ces stipulations contradictoires ?

Si seule la clause de dotalité était établie purement et simplement nous pourrions sans difficulté considérer ce contrat comme un régime dotal établissant en principe la paraphernalité et exceptionnellement la dotalité ; ce qui reste conforme à la maxime « Paraphernalité est la règle et dotalité l'exception. » Par suite au cas de contrat de mariage de séparation de biens avec clause de dotalité, il paraît plus exact de dire qu'il s'agit d'un régime dotal : en effet le trait distinctif de la séparation de biens réside essentiellement dans la séparation des patrimoines avec liberté d'administration et de jouissance de la femme sur l'ensemble de ses biens. La clause de dotalité en donnant au mari la jouissance et l'administration de partie des biens de la femme bouleverse le régime de séparation d'abord adopté et le transforme en régime dotal avec paraphernalité.

Mais dans notre espèce le problème se complique et deux questions se posent ici.

1^o Peut-on sous le régime dotal admettre que l'administration des biens dotaux peut appartenir à la femme ?

2^o Au cas de validité d'une pareille stipulation le régime dotal devient, en fait, une séparation de biens avec inaliénabilité de certains biens ; en conséquence se pose la question de savoir si l'on peut admettre que sous un régime de séparation de biens une clause de dotalité avec administration et jouissance des biens laissées à la femme, peut valablement entraîner l'inaliénabilité des biens ainsi frappés de dotalité ; en d'autres termes peut-on admettre l'inaliénabilité de certains biens sous le régime de séparation ?

Ces deux questions seront discutées dans le chapitre II à propos des restrictions qui peuvent être apportées par la volonté des parties à la capacité de la femme séparée. Leur solu-

tion n'importe pas, en effet pour l'interprétation du contrat dont il s'agit. Pour l'instant, il suffit de dire que la jurisprudence la plus récente en cette matière (Cass. 17 février 1886-D. 86. 2 249. S. 86. I. 161.) admet la validité de la clause laissant à la femme l'administration et la jouissance des biens dotaux sous le régime dotal, et qu'ainsi elle arrive à faire du régime ainsi compris un véritable régime de séparation de biens avec certains biens inaliénables comme s'ils étaient dotaux.

En conséquence suivant la solution de la jurisprudence, ce contrat de mariage doit être considéré comme un contrat de séparation de biens valable en toutes ses clauses. Mais une partie notable de la doctrine dont Valette, Labbé, Aubry et Rau, M. Lyon-Caen¹, s'est élevé contre cette décision et a déclaré qu'il y avait incompatibilité entre le régime dotal et l'administration des biens dotaux par la femme, que d'autre part, on ne saurait admettre la validité d'une clause frappant d'inaliénabilité certains biens de la femme contractuellement séparée.

Si nous nous rangeons à l'avis de ces auteurs, nous considérerons encore ce contrat comme un contrat de séparation de biens. En effet, de cet ensemble de dispositions se dégage un trait bien net : les époux ont clairement manifesté l'intention de laisser à la femme l'administration de tous ses biens même de ceux d'entre eux qui sont frappés de dotalité. Cette dotalité se résume en une inaliénabilité de certains biens sans entraîner pour la femme la perte de ses droits d'administration, ce qui est la clause type de la séparation de biens. Il n'y a aucune raison pour écarter ce régime sous prétexte d'une clause incompatible avec lui dans la suite du contrat.

« On ne peut sans doute dire d'une façon absolue qu'une clause illicite dans un contrat de mariage n'entraîne jamais la nullité d'autres clauses licites par elles-mêmes.

1. Labbé, *Revue critique*, 1887, p. 442 et suiv. Aubry et Rau, t. VIII, § 535, note 16. Lyon-Caen, note sarrèl, 17 février 1886 au Sirey, 1886. I, 161. Valette, *Mélanges de droit, de législation et de jurisprudence*, t. I, p. 518.

Mais la nullité d'une clause d'un contrat de mariage ne peut entraîner la nullité que de conventions consenties en considération de cette clause et de celles qui en sont la conséquence¹ » (Cf. Duranton tome IV n° 33; Aubry et Rau tome 8 § 504 texte et note 24). La volonté des époux est vraisemblablement ici d'établir entre eux le régime de séparation de biens avec indépendance de la femme. La dotalité a un caractère secondaire, puisque l'administration des biens lui est donnée même sur les biens dotaux.

Quel que soit l'avis admis sur la validité des clauses accessoires (Cf. *infra* ch. II p. 31 et suiv.) ce contrat rentre dans le régime de la séparation de biens.

Suivant la seconde hypothèse que nous émettions au début de ce chapitre, dans certains cas, le régime adopté à l'art. 1^{er} du contrat se trouve par la suite transformé, en fait, en une véritable séparation de biens.

Il en est ainsi au cas où une femme se mariant sous le régime dotal ne se constitue aucun bien en dot. En effet, le choix et l'adoption du régime dotal ne comportent pas obligatoirement une constitution de dot². Si donc une femme n'imprime la dotalité à aucun des biens qu'elle possède, ni à aucun de ceux qu'elle acquerra par la suite et si d'autre part, elle ne reçoit aucune libéralité dans son contrat de mariage tous ses biens seront paraphernaux. Le régime dotal se transforme en une véritable séparation de biens. Cette stipulation se rencontre surtout dans les anciens pays de droit écrit où de dotalité.

Un autre cas similaire s'est présenté dans la pratique : le contrat de mariage déclarait paraphernaux tous les biens de la femme, y compris ceux à elle donnés par contrat ; en réalité le régime adopté était celui résultant de la séparation. (Montpellier 21 juillet 1911. D. 1914. 2-103. S. 1912. I. 303). « Sous

1. Note Lyon-Caen s'arrêt, 17 février 1886. S. 86, I. 161.

2. Planiol, *Traité de droit civil*, III, p. 252, n° 1463. Fuzier-Hermar, *Revue pratique*, 1874, t. XXVIII, p. 530-535.

le régime dotal, dit l'arrêt, la stipulation que tous les biens de la femme sont paraphernaux, y compris ceux dont il lui est fait donation par contrat a pour effet de placer les époux sous un régime équivalent à celui de la séparation de biens; de laisser à la femme la liberté de disposer de ses immeubles et de ses reprises et de lui permettre d'hypothéquer ses immeubles et de céder son hypothèque légale. (C. civ. 1574). »

« Il en est ainsi alors même que la femme dans son contrat de mariage, s'est imposé l'obligation de faire emploi d'une somme qui lui était donnée et du prix d'un immeuble qui lui était également donné. »

« En effet cette condition d'emploi se concevant aussi bien pour des paraphernaux que pour des biens dotaux ne peut à elle seule soumettre à la dotalité les biens qui en sont l'objet, et enlever à la femme le droit d'hypothéquer ses immeubles ou de céder ses reprises et son hypothèque légale. »

La doctrine confirme ici la jurisprudence. « Le régime dotal sans dot, c'est à dire le régime matrimonial quand la femme ne s'est constitué en dot aucun bien ni expressément, ni tacitement est à vrai dire une séparation de biens contractuelle. On a essayé vainement de découvrir quelques légères différences entre la séparation de biens contractuelle des pays coutumiers et la paraphernalité générale des pays de droit écrit. ¹ »

Enfin parfois se rencontrent dans la pratique des contrats de mariage qui adoptent le régime dotal tout en stipulant que l'administration et la jouissance des biens dotaux seront laissées à la femme...

Nous nous retrouvons en présence des deux questions litigieuses examinées plus haut (cf. p. 17) et dont l'étude a été reportée au chapitre II (cf. p. 31 et suivantes).

Suivant que l'on admet ou non la validité de ces deux clauses, il faut interpréter pour les mêmes raisons de principe que celles déjà exposées, ce contrat comme un régime dotal ou

1. Baudry-Lacantinerie. Le Courtois et Surville; *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1544.

comme un régime de séparation de biens. Si l'on n'accepte pas la validité de la clause laissant à la femme l'administration et la jouissance des biens dotaux, il faut considérer le contrat, comme un contrat de régime dotal, et laisser au mari l'administration et la jouissance des biens dotaux.

Si, au contraire, la validité de la clause est reconnue et admise, le contrat ainsi rédigé est un véritable contrat de séparation de biens avec inaliénabilité de certains et alors se pose la question de l'inaliénabilité de certains biens sous le régime de séparation de biens.

En résumé, le régime de séparation de biens peut être adopté non seulement par la clause pure et simple qui l'établit conformément aux articles 1536 et suivants du Code civil; mais il peut encore résulter des diverses combinaisons de clauses accessoires qui tantôt l'établissent en fait sous un autre nom, tantôt le modifient jusqu'à le confondre avec d'autres régimes. Mais l'on peut fixer comme règle, voire même comme critérium que chaque fois que la femme garde « l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la jouissance libre de ses revenus », quel que soit le nom du régime, il y a séparation de biens, sauf toutefois certaines réserves à faire sur la question de l'inaliénabilité.

CHAPITRE II.

Capacité de la femme séparée de biens

Dans l'article 1^{er} du Contrat, les futurs époux après avoir déclaré qu'ils adoptent comme base de leur union le régime de la séparation de biens, énumèrent les pouvoirs qui appartiendront à la femme. Ces pouvoirs ne peuvent être que ceux accordés par la loi. Néanmoins, la pratique notariale a maintes fois dans cette énumération, dépassé les limites fixées par la loi à la capacité de la femme séparée de biens.

Trois questions sont donc à étudier. En premier lieu, il importe de rappeler et d'établir le principe suivant lequel toutes les règles concernant la capacité civile et l'état des personnes sont impératives, et contre lequel ne prévaut point cet autre principe de la liberté des conventions matrimoniales.

En second lieu, il convient d'étudier les limites fixées par la loi aux modifications restrictives de la capacité de la femme séparée de biens.

En troisième lieu il faut établir les limites fixées par la loi aux modifications extensives de cette même capacité; à cette occasion, il faudra montrer le désaccord qui existe entre les tendances de la pratique notariale et les décisions de la jurisprudence ou les thèses de la doctrine; il faudra noter la mesure législative qui s'impose sinon pour modifier, tout au moins pour fixer avec précision la capacité de la femme séparée, C'est sur

ce point que se portent les efforts du féminisme : il convient de remarquer l'intérêt du problème en discussion.

§ 1. — Les pouvoirs donnés à la femme séparée de biens par l'article 1^{er} du contrat de mariage ne peuvent être que ceux énumérés par la loi.

Tel est d'abord l'avis de la doctrine :

« L'art. 6 (C. civ.) attache¹ une sanction nécessaire à un grand nombre de dispositions légales qui par elles-mêmes ne déterminent pas d'une manière absolue leur autorité².

« Or, dans les dispositions d'ordre public entrent non seulement les lois dites d'ordre public, mais encore certaines lois d'ordre privé : c'est le cas toutes les fois que la disposition de la loi est motivée par la considération d'un intérêt général, qui se trouverait compromis si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi. Parmi ces lois de droit privé qui présentent ce caractère se trouvent au premier plan les lois concernant l'état et la capacité des personnes. »

« Les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes, écrit de Folleville³, sont en effet, de l'aveu de tout le monde des lois d'ordre public; or, on ne peut en aucune façon déroger par des conventions privées même dans son contrat de mariage à de semblables lois (art. 6. art. 1131 et 1133 du Code civil). Et il ajoute en s'appuyant sur le jurisconsulte Laurent : « Sans doute, dit Laurent (Principes du Droit civil français, t. I p. 8 n° 52) c'est, dans l'intérêt des individus que le législateur fixe leur état et qu'il les déclare capables ou incapables; mais pour faire ce classement des personnes, il prend en considération l'intérêt de tous, l'intérêt de la Société... La capacité des personnes (tome XXI p. 146 à 158, n° 123 à 129) n'est donc pas

1. Planiol, t. I, p. 111, *Traité élémentaire de droit civil*.

2. Cf. Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*.

3. De Folleville, *Etude sur l'incapacité complète de s'obliger stipulée dans le contrat de mariage*.

dans le domaine des conventions privées; les femmes mariées ne sont aux termes de l'article 1124 *in fine* incapables que « dans les cas exprimés par la loi ». Ces sortes de questions, conclut de Folleville, touchent à l'ordre public.

La capacité de la femme mariée entre donc parmi les clauses de droit privé qui ne sauraient être livrées à la liberté des conventions, mais tout en présentant cette exception digne d'intérêt, c'est que le régime matrimonial choisi par les futurs époux exerce une influence sur cette capacité : « C'est, nous dit M. Planiol¹, le seul cas dans notre droit où les particuliers puissent par leur convention modifier leur capacité personnelle; partout ailleurs l'attitude juridique des personnes à agir valablement est réglée par la loi et non par elles-mêmes. »

Il convient de remarquer d'ailleurs que les limites de cette liberté sont rigoureusement déterminées. Le régime de la Communauté présente la situation normale régie par les art. 215 à 226. Cette situation peut être modifiée par les conventions matrimoniales qui peuvent aggraver ou restreindre l'incapacité prévue par la loi.

Pour terminer cet exposé de la doctrine sur un point généralement admis, nous citerons M. Colin et Capitant² qui à propos du principe de la liberté des conventions matrimoniales écrivent : « Au surplus, toutes les règles concernant la capacité sont impératives. Les époux ne pourraient donc pas plus restreindre la capacité reconnue à la femme qu'ils ne peuvent l'élargir. La jurisprudence a eu à se prononcer sur des clauses interdisant à la femme de s'engager pour le compte de son mari c'est-à-dire rétablissant l'incapacité velléienne (Paris 17 novembre 1875. S. 76. 2. 65. note de M. Lyon-Caen D. 77. 2-89.) ou portant qu'elle ne pourrait même avec le consentement de son mari ou de justice s'obliger envers les tiers (Paris 6 décemb. 1877. S. 78. 2. 161 note Lyon-Caen³.) Deux fois les Cours d'appel avaient proclamé la validité de ces clauses. La Cour de Cassa-

1. Planiol, *op. cit.*, t. I, p. 309, n° 932.

2. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 11.

3. D., 1878, 2. 81.

tion, saisie d'un pourvoi contre l'un de ces arrêts l'a justement cassé. (Civ. 22 décemb. 1879. D. 80. 1-112¹) : « déclare nulle ladite clause et casse l'arrêt de la Cour de Paris. La Chambre des Requêtes s'est également prononcé le 13 mai 1885² contre la validité d'un contrat interdisant à la femme de s'obliger envers les tiers même avec l'autorisation du mari ou de justice. (Paris 19 juin 1884. S. 84. 2. 193 note Lyon-Caen). »

La jurisprudence confirme en tous points la doctrine et c'est cette jurisprudence qu'il convient dès lors d'examiner, mais en se bornant simplement à mentionner le caractère d'ordre public reconnu par les différents arrêts aux clauses de capacité.

Par un premier arrêt du 17 novembre 1875, la Cour de Paris, décidait qu'il peut être valablement stipulé dans un contrat de mariage établissant le régime de séparation de biens que la femme ne pourra pas cautionner les obligations contractées par son mari et en conséquence que, si contrairement à cette clause la femme a cautionné son mari, l'obligation contractée par elle comme caution doit être annulée.

Cet arrêt souleva dans la doctrine de vives protestations dont M. Lyon-Caen se fit l'interprète dans une note sous l'arrêt précité (S. 76 2. 65).

« Cette nullité admise par la Cour de Paris, écrivait-il, impliquerait qu'une femme peut par son contrat de mariage se frapper d'une incapacité — or il est hors de doute qu'il ne peut en être ainsi. S'il est un principe certain en droit civil, c'est qu'une personne ne peut restreindre sa capacité par une convention. Les règles sur l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public et l'on ne peut déroger aux règles de cette nature (art. 6 Code civil). Sans doute dans les contrats de mariage la liberté des conventions est très grande. Mais elle ne saurait aller jusqu'à autoriser une femme à se frapper d'une incapacité conventionnelle. Le législateur a fait même une application du principe selon lequel on ne peut déroger aux lois d'ordre

1. S., 80. 1. 125.

2. D., 86. 1. 204; S. 85, 1. 312.

public et spécialement aux lois sur l'état et la capacité des personnes quand il a décidé dans l'art. 1388 que les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale ou paternelle. Il a consacré d'une façon générale le principe en disant (art. 1388) qu'il ne peut être dérogé par contrat de mariage aux dispositions prohibitives du Code civil, parmi lesquelles se trouve incontestablement celles de l'art 6. »

Par un arrêt du 6 décembre 1877, la Cour de Paris maintenant son point de vue admit que « la clause du contrat de mariage qui interdit à la femme mariée sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts de s'obliger envers les tiers même avec l'autorisation de son mari ou de justice n'est contraire ni à la loi, ni à l'ordre public. »

La Cour, on le voit, ne niait pas que les questions de capacité ne soient d'ordre public et ne puissent être modifiées par les conventions des parties sans tenir compte de la loi; elle reconnaissait au contraire que les règles concernant la capacité des personnes sont impératives; le désaccord entre la doctrine et la jurisprudence portait sur la validité de la clause d'incapacité en elle-même. C'est une question qui méritera d'ailleurs un examen approfondi.

Un arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1879, trancha la question et en déclarant nulle la dite clause il insérait dans les motifs de l'arrêt, l'attendu suivant particulièrement décisif en notre matière.

« Vu les articles 6, 217, 1123, 1124. Attendu que les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public d'où il suit qu'en dehors des cas spécialement prévus par la loi, les stipulations ou conventions ayant pour objet de modifier ou de restreindre la capacité légale de la femme mariée sont radicalement nulles. » L'accord entre la doctrine et la jurisprudence était désormais établi sur le principe et sur le cas d'espèce. Depuis lors, la jurisprudence s'est toujours maintenue en ce sens (arrêt de Cassation 13 mai 1885. D. 86. 1. 204). Notons l'un des plus récents arrêts (Cass. 27 mars 93. D. 93 1. 311) où il est notamment dit que « les époux peuvent faire

dans leur contrat de mariage toutes les conventions qu'ils jugent à propos pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et qu'elles ne portent pas atteinte aux droits du mari comme chef, ni aux dispositions prohibitives du Code civil conformément à l'art. 1388 de ce Code! »

Enfin un arrêt de la Cour de Paris du 10 décembre 1901 (D. 1905. 2.128) met en lumière le principe suivant lequel les futurs époux appelés à rédiger l'acte qui doit servir de base à leurs conventions matrimoniales sont les maîtres absolus de fixer les stipulations qui prendront place dans leur contrat, leur autonomie ne devant à cet effet, avoir d'autres limites que celles où l'ordre public enferme et restreint le domaine des conventions privées.

La jurisprudence, on le voit nettement, a pu hésiter sur la validité de certaines clauses, se demandant si elles dépassaient ou non les limites établies par la loi; mais elle n'a jamais hésité à reconnaître que ces limites existaient, qu'elles devaient être rigoureusement respectées et que la liberté des conventions matrimoniales ne pouvait se mouvoir que dans ces limites sans pouvoir prévaloir contre elles.

Doctrine et jurisprudence s'accordent donc pour affirmer que les pouvoirs donnés à la femme mariée ne peuvent être que ceux concédés par la loi. Le régime de séparation de biens est précisément le régime qui comporte les différences les plus importantes avec le régime normal déterminé par les art. 215 à 226 et par suite celui sous lequel les limites légales de cette capacité sont les plus discutées. Il convient de les étudier maintenant; mais il faut auparavant établir que les règles limitant la capacité de la femme mariée sont impératives et d'ordre public et qu'au cours de la rédaction de leur contrat de mariage il ne dépendait pas des futurs époux de les modifier.

§ II. — LIMITES FIXÉES PAR LA LOI AUX MODIFICATIONS
RESTRICTIVES DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME SÉPARÉE DE BIENS.

Il est démontré que des conventions matrimoniales peuvent résulter certaines modifications susceptibles d'aggraver ou d'atténuer l'incapacité de la femme mariée. Il importe donc d'établir maintenant les limites où peut se mouvoir la liberté des parties dans le cas de séparation de biens contractuelle. A cet effet, nous étudierons en premier lieu les modifications qui peuvent véritablement aggraver l'incapacité de la femme séparée.

Limites dans le sens restrictif de la capacité. — Il semblerait au premier abord qu'établir une limite restrictive de capacité en matière de séparation de biens constitue un vrai contre-sens, puisque le but de ce régime est de donner à la femme l'indépendance la plus complète possible soit aux termes mêmes de l'art. 1536, « l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la jouissance libre de ses revenus. »

Néanmoins la question s'est posée pour la première fois en 1875 à propos de l'arrêt de la Cour de Paris précité (17 novembre 1875, S. 76:2:65).

Elle portait sur deux points : le premier était de savoir si la femme normalement capable de s'obliger elle-même dans l'intérêt de son mari avec l'autorisation de celui-ci ou de justice pouvait se rendre incapable de s'obliger avec ces autorisations. L'arrêt de 1875 l'admettait en décidant (comme nous l'avons rapporté plus haut) qu'il pouvait être valablement stipulé dans un contrat de mariage établissant la séparation de biens que la femme ne pourrait pas cautionner les obligations contractées par son mari et qu'en conséquence devaient être annulées toutes obligations contractées par cette femme contrairement à cette clause.

Sur pourvoi en cassation, la Chambre Civile eut à maintes reprises dans des arrêts reportés plus haut, l'occasion de

rejeter cette interprétation erronée, considérant que permettre à la femme de se frapper de l'incapacité de cautionner son mari constituerait le rétablissement par convention de l'incapacité du sénatus-consulte Velleien¹ (v. Laurent, *Principes de Droit civil*, t. I, n° 52).

Le deuxième point était connexe ; c'est ce que soulignait dans sa note sous l'arrêt de 1875 M. Lyon-Caen : il s'agissait de savoir si la femme séparée de biens peut à tout le moins frapper ses immeubles d'inaliénabilité. En effet, pouvait-on dire, que si la clause d'incapacité de cautionnement ne joue pas, en tant

1. Ainsi, la Cour de cassation, dans l'arrêt de 1879 mentionné plus haut statue en ces termes : « Attendu qu'aucun texte de loi n'autorise la femme qui se marie à stipuler d'une manière absolue qu'elle s'interdit de s'obliger envers les tiers, même avec l'autorisation du mari ou de justice et de se placer ainsi dans un état d'interdiction conventionnelle ;

« Attendu que, donnant effet à la clause contenue dans l'article 7 du contrat de mariage des époux Martin, la Cour de Paris a prononcé la nullité de l'engagement solidaire contracté par la femme Martin conjointement avec son mari, qu'en décidant ainsi, l'arrêt attaqué viole les articles ci-dessus visés. »

L'arrêt de la Cour de Paris de 1884 n'est pas moins formel :

« Considérant que le contrat porte aussi la mention suivante :

« Le présent article ayant pour objet d'assurer la conservation d'une partie de la fortune de la future épouse, il est formellement stipulé que cette dernière ne pourra, même avec l'autorisation de son mari ou de justice, s'obliger envers les tiers ; ses engagements à cet égard seront considérés comme nuls et de nul effet ; toutefois cette stipulation ne sera pas applicable aux stipulations résultant de la vente d'immeubles ;

« Considérant que c'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré que cette dernière clause, dont l'effet serait de frapper l'époux d'une incapacité légale absolue de s'engager envers les tiers était contraire à la loi et devait être considérée comme nulle ;

« Considérant que la première clause du contrat de mariage ne se référant plus aux biens de la femme, mais au régime auquel ils seront soumis a uniquement pour objet de la placer dans un cas d'incapacité personnelle absolue et de dispenser qu'elle ne pourra en aucun cas s'engager envers les tiers ;

« Considérant que du moment que cette clause est annulée comme contraire à la loi qui ne permet pas de porter atteinte à la capacité légale de la femme, ni de la placer dans un état permanent d'interdiction conventionnelle, il n'est pas admissible que pour le faire revivre on puisse la considérer comme équivalant à une clause de dotalité et transformer la stipulation qui retirait à la femme toute capacité personnelle de manière à atteindre non plus sa personne, mais ses biens qui se trouveraient ainsi frappés d'inaliénabilité ;

« Considérant qu'en matière de régime matrimonial et spécialement en matière de régime dotal, tout est de droit strict ;

que refusant à la femme la possibilité de cautionner son mari, elle a comme conséquence subsidiaire de rendre insaisissables les immeubles de la femme à raison des cautionnements donnés par elle à son mari ?

Cette même question s'est posée en second lieu à propos de l'arrêt précité de 1886. (Cassat. 17 fév. 1886, S. 86.1.161. D.86.1.249¹).

Cet arrêt décide « que la clause par laquelle les époux tout en stipulant le régime dotal conviennent que l'administration des biens appartiendra à la femme, n'est ni contraire aux bonnes mœurs ni prohibée par aucune disposition légale. (C. civ. art. 6, art. 1387, art. 1549.)

« En conséquence cette clause rend inaliénables et par suite imprescriptibles les immeubles déclarés dotaux si la prescrip-

» Qu'il convient donc de laisser disparaître sans retour une stipulation dont la nullité n'est pas contestée au point de vue de la capacité de la femme, qu'on chercherait, en vain, à lui rendre son efficacité qu'elle ne possède pas, en lui attribuant par une interprétation arbitraire qui en dénaturerait le sens et la portée, la valeur d'une déclaration de dotalité, à laquelle n'ont jamais songé les parties et dont les tiers n'ont pas été régulièrement avertis

Cet arrêt de la Cour de Paris fut confirmé par la Cour de cassation le 13 mars 1885; D. 86.1.204, S. 85.1.312.:

« Attendu qu'il résulte des déclarations de l'arrêt attaqué que les époux Martin ont adopté dans leur contrat de mariage le régime de la communauté avec faculté d'aliéner les biens qui adviendraient à la femme à charge de remploi et que la clause où il est dit que pour assurer la conservation d'une partie des biens de la femme celle-ci ne pourra même avec l'autorisation de son mari ou de justice, s'obliger envers les tiers, a pour objet, non d'imprimer à certains biens le caractère de dotalité auquel ils n'ont jamais pensé, mais *de frapper la femme d'une incapacité personnelle de disposer, ce qui la rendait radicalement nulle,*

» Qu'en statuant aussi la Cour de Paris n'a pas dénaturé le sens du contrat et n'a fait qu'user du pouvoir d'interprétation qui lui appartient;

» Rejette le pourvoi. »

La jurisprudence est formelle sur le premier point : la femme sous quelque régime que ce soit ne peut se rendre incapable de s'obliger avec l'autorisation de son mari ou de justice et l'interprétation des clauses tendant à stipuler cette incapacité doit être rigoureuse et stricte.

1. Dans le même cas, Cass. 31 juillet 1861. D. 62.1.113.

Civ. rej. 1^{er} mars 1837. *Jur. gén.*, v. contrat de mariage n° 110.

tion n'en a pas commencé avant le mariage et s'il n'y a pas séparation de biens ».

Les deux termes de la décision ont soulevé dans une partie de la doctrine de vives protestations. Des auteurs estimés ont soutenu que l'administration des biens dotaux ne pouvait être laissée à la femme, et qu'à supposer la validité de cette clause, on ne pouvait admettre la conséquence que lui donne l'arrêt à savoir l'inaliénabilité des biens laissés à l'administration de la femme. Ainsi se posait subsidiairement la question de l'inaliénabilité des biens sous le régime de séparation de biens.

Il convient donc d'étudier successivement ces deux points qui touchent à la capacité même de la femme séparée de biens et de savoir ainsi quelle est la valeur du contrat de mariage dont sont rapportés plus hauts (p. 16) les termes essentiels : adoption de la séparation de biens avec clause de dotalité et clause d'administration des biens dotaux laissée à la femme (cf. *supra*. p. 17 et 20).

Une femme peut-elle stipuler dans un contrat de mariage qu'elle aura l'administration de ses biens dotaux ? La jurisprudence répond par l'affirmative (arrêt de la Chambre civile de 86¹) et voici l'attendu de l'arrêt sur la matière :

« Attendu, en droit que l'art. 1387, C. civ. dispose, que la loi ne régit l'association conjugale qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et en outre sous les modifications indiquées par la loi :

« Attendu que la clause par laquelle, dans leur contrat de mariage, les époux stipulent le régime dotal, tout en réservant à la femme l'administration de ses biens dotaux ne saurait être considérée comme contraire à la dignité et à la suprématie du mari dans le mariage et par suite comme contraire aux bonnes mœurs; que d'un autre côté cette clause n'est interdite par aucune disposition de la loi. »

1. D. 86. 2. 249, Sirey, 86. 1. 181. avec note de M. Lyon-Caen.

La doctrine se sépare nettement en deux parties sur cette question¹.

Les uns déclarent ce pouvoir d'administrer conciliable avec le régime dotal et se rangent à l'avis de la jurisprudence : ils invoquent le principe de la liberté des conventions matrimoniales et font observer, en outre, que ce droit respecte suffisamment la puissance maritale puisqu'il est reconnu que le mari ne cesse point d'être le chef de l'union conjugale quand la femme sous le régime de la séparation de biens contractuelle, a l'administration de tous ses biens ou quand sous le régime dotal, elle a stipulé dans les termes de l'art. 1576 que tous ses biens seraient paraphernaux².

D'autres auteurs considèrent au contraire cette clause comme illicite et se fondent pour cela sur les précédents de notre droit en matière de régime dotal, sur les travaux préparatoires du Code civil³, sur l'art. 1388 qui prohibe toute convention dérogatoire aux droits appartenant au mari en sa qualité de chef de l'association matrimoniale, enfin sur les termes même de l'art. 1549⁴. Ces différents arguments ont été mis en lumière par M. Lyon-Caen dans sa note sous l'arrêt de 1886 (S. 1886.1 161). Après avoir reconnu qu'aucun principe de morale n'était isolé et que de cette clause ne pouvaient pas résulter d'inconvénients pratiques spéciaux, il se place sur le terrain purement

1. Contre l'arrêt et dans le sens de la note de M. Lyon-Caen, voir Valette, *Mélanges de droit civil et de jurisprudence*, t. I, p. 518. Laurent, *op. cit.*, t. I, p. 126 et Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 374.

Dans le sens de l'arrêt, Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1520 et 1521. — Contre l'arrêt, M. Lyon-Caen établit : 1° que la femme ne peut avoir l'administration des biens dotaux ; 2° que les immeubles dotaux, alors que la femme en aurait l'administration, ne pourraient être inaliénables.

2. En ce sens, voir Code civil annoté p. Fuzier-Herman sur art. 1388, n° 13 ; sur art. 1549, n° 78 et sur art. 1554, n° 146. Merlin. Répertoire, v. Dot, § 5, n° 3. Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, 2^e édit., t. I, n° 64 et s. Guillo-uard, *Traité du contrat de mariage*, t. IV, n° 1792 et s.

3. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIII, p. 163.

4. En ce sens, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VIII, § 535, texte et note 16. Troplong, *Du contrat de mariage*, t. I, n° 69. Bellot des Minières, *Du régime dotal*, t. I, n° 500 et du *Contrat de mariage*, t. IV, n° 299. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*

juridique. Il s'appuie sur le régime dotal du droit romain et du droit écrit qui jamais n'admirent de laisser à la femme l'administration des biens dotaux; il concède que ce régime dotal du droit romain et du droit écrit n'ont pas été admis sans modification; mais, dit-il, « il faut qu'un texte du Code consacre ces modifications. Y a-t-il dans le Code civil une disposition quelconque admettant expressément ou même impliquant que dorénavant il sera possible, tout en stipulant le régime dotal de remettre à la femme l'administration des biens dotaux ? On serait fort embarrassé pour citer une disposition de ce genre. Sans doute, il y a le principe de la liberté des conventions matrimoniales, mais c'est un principe trop général pour qu'il ait quelque poids en présence des dispositions légales qui semblent confirmer les règles anciennes. L'art. 1549 al. 1^{er} du Code civil dispose que *le mari seul* a l'administration des biens dotaux. Cela n'implique-t-il point que l'administration et la jouissance de ces biens ne sauraient être données à la femme ? Le dernier alinéa de l'art. 1549 est bien d'accord avec la portée exclusive que nous donnons à l'art. 1^{er} quand il dispose que *« Cependant il peut être convenu par le contrat de mariage que la femme touchera annuellement sur ses seules quillances une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels »*. Si l'on pouvait donner, conclut, M. Lyon-Caen, à la femme sous le régime dotal l'administration et la jouissance des biens dotaux, à l'exclusion complète du mari, on ne concevrait guère que le législateur eût pris le soin d'autoriser à conférer à la femme le droit de toucher une partie de ses revenus. »

La thèse soutenue par M. Lyon-Caen a rallié bien des suffrages et compte au nombre de ses partisans Baudry-Lacantinerie, le Courtois et Surville, Aubry et Rau, et nombre d'auteurs estimés.

La pratique notariale a suivi la jurisprudence et a admis les termes de ses décisions : un arrêt de Cour de Cassation tel celui de 1886 a, en pratique, force de loi et est un paratonnerre suffisant pour protéger la responsabilité notariale. Notons

toutefois en passant cette controverse et ce désaccord sur l'une des conséquences du libre jeu du principe de la liberté en matière de conventions matrimoniales; marquons ces hésitations des auteurs et de la jurisprudence en présence des combinaisons toujours nouvelles de la pratique, et avant de proclamer le régime de séparation de biens, régime légal, observons qu'il est nécessaire d'en fixer les traits et les caractères plus nettement que ne l'a fait le Code. Cent ans et plus de pratique ont laissé paraître des obscurités ou des imprécisions qui échappèrent aux esprits pourtant avertis des premiers rédacteurs.

En attendant ces précisions législatives, et sans vouloir s'élever contre la jurisprudence et la pratique notariale, il faut, à notre sens, se rallier à la thèse soutenue par M. Lyon-Caen. Il est inutile d'en reprendre l'argumentation point par point. Laissant de côté le point de vue historique, il suffit de lire avec attention l'article 1549 : ce texte est formel : « le mari *seul* a l'administration des biens dotaux » — Comment admettre qu'un principe puisse conduire à une interprétation contraire à la lettre du texte du Code.

Nous n'admettons donc pas en l'état actuel des textes la validité de la clause laissant, sous le régime dotal l'administration des biens dotaux à la femme.

Au demeurant, cette question ne se pose que subsidiairement ici, puisqu'elle vise presque exclusivement le régime dotal. Il fallait néanmoins la poser et la discuter brièvement puisqu'elle nous conduit à l'étude du deuxième point qui intéresse plus directement la séparation de biens.

En effet, la jurisprudence, ainsi qu'il vient d'être exposé admet la validité de la clause laissant à la femme l'administration de ses biens dotaux et elle admet en conséquence l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des immeubles déclarés dotaux. Peut-on admettre cette conséquence, ou doit-on prétendre, au contraire, que les immeubles dotaux alors même que l'administration en peut être valablement confiée à la femme ne sont pas inaliénables.

Ainsi est posée par l'arrêt de 1886 comme par celui de 1875 (cf. *supra* page 28 et 29,) subsidiairement dans les deux cas, la question de l'inaliénabilité des biens dont la femme garde l'administration et la jouissance. Cette question est du plus haut intérêt dans l'étude du contrat de mariage de séparation de biens. Les futurs époux vont-ils pouvoir en adoptant ce régime frapper d'inaliénabilité les biens de la future épouse, biens dont elle garde, aux termes de l'article 1536 l'entière administration et la jouissance libre.

Quelques auteurs admettent cette stipulation d'inaliénabilité. Rodière et Pont (Contrat de mariage T. I n° 86 et T. III n° 2023) Ils s'appuient sur le principe général qui permet de combiner les différents régimes et spécialement de stipuler l'inaliénabilité des biens de la femme sous un autre régime que le régime dotal. Ils argumentent aussi de l'intérêt de la femme et de la famille : l'inaliénabilité est établie dans leur intérêt plus que dans celui du mari et cet intérêt existe autant sous la séparation de biens que sous tout autre régime.

En dehors de ces arguments théoriques, ces auteurs invoquent l'analogie qui, à leur sens, doit exister avec la séparation de biens judiciaire. Dans le cas où la séparation judiciaire intervient entre deux époux mariés sous le régime dotal la femme reste dotale ce qui laisse subsister l'inaliénabilité de ses biens (art. 1554) tandis qu'elle reprend l'administration de sa dot : elle est ainsi dans une situation analogue à la femme séparée de biens contractuellement avec clause d'inaliénabilité. Pourquoi ne pas laisser aux parties la liberté d'arriver par leurs conventions à une situation que d'autre part le Code admet et qu'il régit ?

En jurisprudence, aucun arrêt n'admet nettement cette clause d'inaliénabilité sous le régime de séparation de biens. Nombreux sont les arrêts qui admettent l'extension de la clause d'inaliénabilité au régime de communauté. (Cass. 3 fév. 1879. S. 79. I. 353. — Cass. 13 nov. 1895. D. 96 I. 14. S. 99. I. 267. Paris 19 oct. 1903 S. 1909. I 558. — Paris 29 nov. 1905 D. 1910. I. 402.)

Un des arrêts touchant à la question serait l'arrêt précité du 17 nov. 1875. Mais il ne la pose pas directement, et de plus la solution qu'il donne en faveur de la restriction de la capacité de la femme séparée de biens fut rejetée postérieurement par la Cour de Cassation dans les arrêts précités de 1879 et 1885. Quant à l'arrêt de 1886, après avoir admis la validité de la clause donnant à la femme l'administration de ses biens dotaux, il décide qu'en conséquence cette clause rend inaliénables et par suite imprescriptibles les immeubles déclarés dotaux. Sur ce point, M. Lyon-Caen reprenant les arguments qu'il avait déjà exposés dans sa note sous l'arrêt de 1875, combat l'inaliénabilité des biens dont l'administration est laissée à la femme.

Avant de nous rallier à cette thèse, il convient d'exposer l'argumentation qui semble la justifier.

Tout d'abord le principe de liberté des conventions matrimoniales qui admet la possibilité de combiner entre eux les différents régimes ne doit pas être poussé jusqu'à des solutions entraînant incompatibilité entre les diverses clauses ainsi rapprochées. Or n'y a-t-il pas incompatibilité entre l'inaliénabilité et les biens de la femme séparée ?

L'inaliénabilité a toujours frappé les biens soumis à la jouissance et à l'administration du mari : pour qu'il y ait inaliénabilité, il faut d'autre part qu'il y ait la jouissance maritale : inaliénabilité et dotalité sont liées et l'on n'imagine point sous un régime dotal les biens paraphernaux frappés d'inaliénabilité. Jamais ni en droit romain ni en droit écrit, ils n'ont pu être stipulés tels ; or la situation des biens de la femme séparée de biens équivaut à celle des biens paraphernaux en régime dotal.

L'argument que l'on pourrait essayer de tirer, par analogie, de l'extension de la clause d'inaliénabilité au régime de communauté se retourne contre ses auteurs : si l'inaliénabilité est possible sous ce régime, c'est précisément pour protéger la femme contre le mari qui est seigneur et maître de la communauté ; tandis qu'en séparation de biens, la femme n'a besoin d'être garantie contre personne et l'on ne comprendrait pas qu'elle

puisse elle même se frapper d'une incapacité même relative.

Nous repoussons ensuite l'argument tiré par analogie de la séparation de biens judiciaire. En effet la séparation de biens intervenant judiciairement sous le régime dotal se produit accidentellement et ne détruit pas le régime dotal. Il y a « simple restitution anticipée de la dot ». Le jugement a donc uniquement pour objet d'enlever au mari les pouvoirs qu'il avait sur la dot et qui étaient un danger pour la femme; mais il ne doit pas la priver des garanties qu'elle avait cherchées dans la dotalité. En matière de séparation de biens contractuelle, tout au contraire, la femme dès l'origine doit savoir et montre en choisissant son régime, sa capacité et son pouvoir d'administration.

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales explique d'ailleurs à lui seul la solution admise par l'art. 1534 en matière de séparation de biens judiciaire : si la dotalité tombait avec le jugement prononçant la séparation de biens ce serait la porte ouverte aux époux désireux de se délivrer d'une dotalité gênante.

Ces deux motifs expliquent et affirment la nécessité de la dotalité après une séparation de biens judiciaire sans exiger l'assimilation de cette situation à la séparation de biens contractuelle.

Quelques auteurs se rallient à la thèse de M. Lyon-Caen. Valette¹ s'est efforcé ainsi de démontrer le caractère illicite d'une semblable clause et M. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville² ont repris les mêmes arguments pour combattre la validité d'une clause d'inaliénabilité des biens de la femme sous le régime de séparation.

Il nous semble que deux considérations d'ordre plus général argumentent en faveur de la thèse de ces auteurs.

D'une manière générale l'inaliénabilité est peu en faveur dans notre code, et les clauses la stipulant doivent être inter-

1. *Mélanges de droit, de législation et de jurisprudence*, t. I, p. 518 et s.

2. *Droit civil. Du contrat de mariage*, t. III, n° 1639.

prétées restrictivement. Nulle part, le Code n'admet l'inaliénabilité des biens paraphernaux, et l'on ne comprendrait pas qu'à la faveur du contrat de mariage une femme puisse frapper d'inaliénabilité des biens dont elle garde la jouissance et l'administration, et sur lesquels son mari n'a aucun pouvoir. Evidemment la question de l'intérêt de la famille subsiste, mais on comprend mal par qui est menacé cet intérêt puisqu'il y a complète séparation de patrimoines. Il faut admettre qu'il n'est menacé que par la maladresse ou le risque de mauvaise gestion de la femme; on peut prétendre qu'elle est en proie aux suggestions de son mari et que l'inaliénabilité est une sauvegarde établie pour la préserver de l'influence de son mari¹ Mais ce nous paraît un argument très faible contre la tendance générale de notre droit à n'admettre l'inaliénabilité que dans des cas restreints et bien délimités.

De plus cette clause est contraire à l'économie et à l'esprit même du régime. En choisissant la séparation de biens l'épouse veut s'assurer une certaine indépendance, voire même le plus d'indépendance possible puisque la séparation est le régime qui donne en fait à la femme la plus large capacité. Il serait contradictoire d'admettre que cherchant à s'attribuer d'une part une capacité étendue, elle se frappe d'autre part, d'une incapacité spéciale.

La pratique, d'ailleurs, témoin manifeste des intentions des parties révèle une tendance nettement marquée vers l'extension des pouvoirs de la femme plutôt que vers leur restriction.

1. Le chap. VI, § 2, étudie les mesures de protection et les garanties établies par le Code (art. 1450) en faveur de la femme dans ce cas-là. Elles paraissent suffire sans qu'il y ait lieu de recourir à l'inaliénabilité et de déclarer cette mesure indispensable.

§ III. — LIMITES FIXÉES PAR LA LOI AUX MODIFICATIONS
EXTENSIVES DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME SÉPARÉE DE BIENS.

La capacité de la femme mariée est établie par le Code au chapitre VI « *des droits et des devoirs respectifs des époux* » du titre V « *du mariage* » : art. 215-217-223-226. Il suffit de les citer ici sans entrer dans l'étude de la capacité de la femme mariée.

D'autre part au livre III titre V « *du contrat de mariage et des droits respectifs des époux* », les art. 1449, 1536, 1538 traitent en termes exprès de la capacité de la femme séparée de biens et modifient en partie les règles fixées par les articles 215 et seq. Du rapprochement de ces textes, certains auteurs¹ ont déduit une formule générale conclue suivant une double proposition, qui permet de fixer dans ses grandes lignes les points importants de la question.

1^o — La femme a la libre administration de ses biens (art. 1449).

2^o — En revanche, elle ne peut aliéner, hypothéquer, acquérir sans le consentement de son mari.

Cette formule générale, au premier abord, claire et simple, se complique singulièrement dès qu'on veut l'étudier en détail et des divergences de vue profondes apparaissent en doctrine comme en jurisprudence sur l'explication précise de ces deux propositions.

Une première question se pose : qu'est-ce que la libre administration ? qu'entend le Code par ces mots ? L'administration est un terme déjà vague en lui-même, difficile à préciser dans ses applications ; qu'ajoute l'épithète *libre* ? Cette épithète est d'autant plus troublante que en certains autres articles le Code parlant d'administration y joint une épithète différente : ainsi parlant du mineur émancipé (art. 481), il lui reconnaît le droit de faire tous les actes de *pure adminis-*

1. Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, III, p. 247.

tration. Faut-il en conclure que les rédacteurs du Code ont voulu marquer une différence entre la « libre » administration reconnue à la femme séparée de biens, et la « pure » administration, reconnue au mineur émancipé. Rien ne permet de le soutenir. Le Code, dans ses art. 1449 et 1536 est d'un laconisme déconcertant et il est à supposer que ce détail de différence d'épithètes a échappé aux rédacteurs du Code. *Libre administration* signifie simplement que la femme est libre d'administrer ses biens et de jouir de ses revenus. Néanmoins, suivant l'avis de MM. Colin et Capitant, il faut reconnaître à la femme séparée le droit de faire certains actes qui dépassent la capacité du mineur émancipé.

Le laconisme du Code devient plus regrettable encore pour définir les actes qui sont dits « d'administration » et en établir la liste. La difficulté réside essentiellement dans cette démarcation délicate entre les actes d'administration et les actes de disposition.

Une seconde difficulté vient de la contradiction qui semble résulter des termes de l'art. 217 et de ceux de l'art. 1449. « La femme ne peut aliéner » dit l'art. 217. « La femme peut disposer de son mobilier et l'aliéner » dit l'art. 1449

Ce sont ces deux difficultés qu'il s'agit d'élucider s'il est possible, en s'appuyant sur la doctrine et sur la jurisprudence. Mais auparavant et pour donner tout de suite à ces deux études l'intérêt qu'elles méritent, il faut faire état de la pratique notariale et citer quelques textes pris dans des contrats de séparation de biens pour se rendre compte de l'extension toute arbitraire donnée par la pratique à la capacité de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens.

I. Pratique Notariale

Dans un contrat du 20 février 1903, il est dit :

« La future épouse aura l'entière administration de ses biens, meubles et immeubles et la libre jouissance de ses revenus.

Elle est autorisée irrévocablement sur de simples signatures à *disposer de son mobilier et à l'aliéner, vendre toutes rentes sur l'Etat français* ainsi que toutes actions, obligations, et autres valeurs de Bourse aux cours qu'elle jugera convenables, toucher le prix de ces ventes, en donner quittance et décharge, *Transférer tous titres nominalifs en titres au porteur* et réciproquement ; toucher des compagnies de chemins de fer tous remboursements d'actions et d'obligations sorties au tirage, signer toutes feuilles de transfert et de conversion, annuler tous anciens titres, retirer tous les nouveaux et en donner décharge.

« Recevoir tous loyers et revenus ainsi que tous capitaux ; *consentir tous transferts et subrogations avec ou sans garantie* ; passer, renouveler et résilier *tous baux* ; débattre, clore et arrêter tous comptes ; traiter, *transiger, compromettre* sur ses droits mobiliers quels qu'ils soient, donner toutes quittances et décharges, *consentir avant ou après paiement tous désistements de privilège*, hypothèque, action résolutoire et autres droits ainsi que toutes mainlevées d'inscriptions et d'oppositions et généralement faire tous actes d'administration sans avoir besoin de l'autorisation du mari, ni de son concours. »

« Les indications ci-dessus ne seront aucunement limitatives et ne restreindront en rien tous autres droits et capacités accordés par la loi à la femme séparée de biens. »

« Et généralement tous actes d'administration » dit le texte du contrat en terminant son énumération ; le notaire entend bien par conséquent, ne donner à la femme que des pouvoirs d'administration, mais où il fait erreur, c'est dans l'énumération même de ces actes d'administration.

Voici un contrat de mariage du 19 décembre 1908 rédigé dans une autre étude :

« La future épouse aura l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la jouissance libre de ses revenus, sauf sa contribution aux charges du ménage.

« Elle aura le droit de *disposer de son mobilier et de l'aliéner comme bon lui semblera.*

« Elle pourra sans avoir besoin de l'autorisation de son mari et sur sa simple signature, savoir :

« Toucher et recevoir, même avant l'exigibilité le remboursement de toutes sommes à elles dues, *faire tous transports de créances et droit mobiliers, actions et délégations et consentir toute subrogation avec ou sans garantie.*

« *Vendre et transférer toutes rentes sur l'Etat, actions et obligations de chemins de fer et autres valeurs de Bourse généralement quelconques ainsi que toutes valeurs industrielles et mobilières de même que tous droits incorporels et sociaux également quelconques, signer tous transferts, en recevoir le prix.*

Recevoir le remboursement de tous titres amortis, faire immatriculer à son nom toutes valeurs au porteur, *convertir au porteur toutes valeurs nominatives, recevoir ainsi tous lots et primes de remboursement.*

« *Faire tous placements, se faire ouvrir à toutes banques et Sociétés de crédit tous comptes courants de chèques et autres, faire tous achats de valeurs, donner tous ordres de bourse, acquérir tous immeubles, effectuer le dépôt à son nom à toutes Banques et Sociétés de crédit, de valeurs et titres quelconques.*

« Passer, renouveler, résilier *avec ou sans indemnités tous baux et locations.*

« Donner toutes quittances et décharges, *consentir avec ou sans constatation de paiement tous désistements de privilège, hypothèque, action résolutoire et autres, ainsi que toutes mainlevées ou radiations.*

« En tout état de cause, *trailer, transiger et compromettre sur ses droits mobiliers quelconques, accorder toute remise de dettes, exercer toutes poursuites pour le recouvrement de créances ou autres causes, ester en justice, faire exécuter tous jugements et arrêts par tous les moyens et voies de droit.* »

Enfin, voici un contrat rédigé dans une autre étude de Paris en date du 13 mars 1913 :

« La future épouse aura l'entière administration de ses biens tant de ceux qui pourraient lui advenir par la suite par donation, succession, legs ou autrement, ce qui comportera pour elle le droit de toucher sur de simples quittances, sans le

concours de son mari, tous capitaux, *donner quittances, désistements et mainlevées avec ou sans paiements*, transférer et transporter tous capitaux mobiliers et recouvrer le prix, convertir et *transférer au porteur toutes rentes* et valeurs quelconques, tous droits et valeurs mobilières, les aliéner, toucher le montant de tous transferts et ventes, en donner quittance et décharge, ainsi que de tous titres reçus, faire tous emplois et placements mobiliers et, en général, disposer de son mobilier, l'aliéner et en toucher le prix, le tout sans le concours ni l'autorisation de son mari. »

Ces textes ne sont pas rares; ils se répètent avec quelques variantes dans tous les contrats de séparation de biens; ceux qui viennent d'être cités proviennent d'études de Paris toutes différentes et ont été choisis à des dates également différentes.

Deux derniers exemples sont particulièrement intéressants parce qu'ils comportent une autorisation générale donnée à la femme de faire le commerce :

Le premier porte :

« La future épouse aura l'entière administration de ses biens meubles et immeubles avec le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner *comme bon lui semblera* et la jouissance libre de ses revenus. »

« En conséquence, elle pourra seule, sans avoir besoin de l'autorisation de son mari, toucher toutes les sommes qui pourront lui être dues pour quelque cause et à quel titre que ce soit, même avant l'exigibilité, faire tous transferts, transports, cessions ou délégations avec ou sans garantie, faire *toutes conversions de litres nominalifs* en titres au porteur et réciproquement, vendre et transférer toutes rentes sur l'Etat français ou sur les gouvernements étrangers, ainsi que toutes obligations et actions financières ou industrielles, actions de la Banque de France et autres valeurs mobilières quelconques; passer et résilier tous baux, prendre tous locaux et appartements à bail, à loyer ou autrement; donner toutes quittances et décharges, *consentir avec ou sans constatation de paiement*

tous désistements de privilèges, hypothèques, action résolutoire et autres et toutes mainlevées; faire tous placements, acquérir tous immeubles, traiter, transiger, compromettre sur ses droits mobiliers, quel qu'ils soient.

« La future épouse, *déjà commerçante est autorisée par le futur époux à continuer, soit en société avec M. son père seulement, soit seule, le commerce de quincaillier grillageur; en conséquence la future épouse aura la capacité accordée par la loi à la femme commerçante et bénéficiera de la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée.*

« Etant bien entendu à ce sujet qu'en cas de révocation de cette autorisation au cours du mariage, la future épouse aura le droit d'exercer tous recours judiciaires pour faire maintenir sa situation de commerçante. »

Dans un autre contrat du 13 mars 1913, après avoir dans des termes analogues à ceux du contrat précédent, stipulé les pouvoirs de la femme, le contrat ajoute :

« Et en outre la future épouse exploitera seule et sans avoir besoin du concours de son mari *les présentes lui valant autorisation formelle à cet égard*, l'industrie ou le commerce qu'elle pourrait exercer par la suite, soit seule, *soit en société avec toutes autres personnes*. Par suite, elle pourra, sans avoir besoin de l'autorisation de son mari :

« Acheter et vendre toutes marchandises, toucher toutes sommes qui peuvent et pourront lui être dues à quelque titre et pour quelque cause que ce soit, faire tous transferts, transports, cessions et délégations avec ou sans garantie, passer et résilier tous baux, vendre aux prix, charges et conditions que la future épouse avisera, les droits dans le fonds de commerce qu'elle exploiterait.

« Toucher les prix ou en faire tous transports, donner toutes quittances et décharges, consentir avec ou sans paiement tous désistements de privilège, hypothèque, action résolutoire ou autres, ainsi que mainlevées et relativement à son commerce, faire toutes opérations, tous traités et sociétés, même *en nom collectif*, faire les dits traités et sociétés pour la durée à telles conditions et telles stipulations qu'il lui plaira. »

Telles sont les clauses de la pratique notariale : il était intéressant de les exposer avant de présenter les solutions adoptées par la doctrine et la jurisprudence ; en effet, au lieu de reprendre point par point les stipulations notariales, il nous paraît plus méthodique de faire l'étude de la capacité de la femme séparée de biens en partant des deux points suivants :

1^o Comment faut-il comprendre et expliquer la contradiction qui semble résulter de l'art. 217 et de l'art. 1449 ;

2^o Quels sont, conformément à ces deux articles les pouvoirs de la femme séparée et par suite quelles sont les limites fixées par la loi à l'extension conventionnelle de la capacité de la femme séparée.

II. L'Interprétation combinée des articles 217 et 1449.

L'extension de capacité stipulée dans les différents contrats semble provenir surtout d'une erreur d'interprétation de l'article 1449.

Cet article dit : « La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement en reprend la libre administration. Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari ou sans être autorisée en justice à son refus. »

D'après quelques auteurs, l'art. 1449 en contradiction avec l'art. 217 donnerait à la femme séparée l'entière disposition de son mobilier sans le consentement de son mari ; c'est à cette solution que paraissent se rallier les contrats de mariage que nous avons rapportés ; ils admettent en effet pour la femme la pleine et entière capacité de disposer dès qu'il s'agit de son mobilier.

Cette thèse extensive de la capacité de la femme séparée fut d'ailleurs soutenue par d'éminents jurisconsultes. Ainsi, Labbé, dans une note sous un arrêt¹ déclarant la femme séparée de

¹ Agen, 9 novembre 1881. S. 82. 2. 233. et Cass. 2 décembre 1885, S. 86. 1. 97.

biens incapable sans l'autorisation de son mari d'acquérir un immeuble en remploi de ses deniers dotaux, remploi prescrit par le contrat de mariage, reconnaît tout d'abord qu'il est difficile de faire rentrer cet acte dans les limites de l'administration; puis il ajoute: « outre que la loi donne à la femme séparée la libre administration de ses biens, elle lui permet de disposer de son mobilier. » Se fondant sur cette prescription de la loi, il critique la rigoureuse sévérité de l'arrêt et fonde le droit de la femme d'opérer cette acquisition sur le droit de disposition de son mobilier. Il dit en effet: « En permettant à la femme de disposer de son mobilier, ou le législateur a écrit une phrase inutile ou il a permis une disposition des meubles ne constituant pas un acte d'administration... Nous nous fondons uniquement sur ceci: que peut-être en dehors des actes d'administration, une disposition du mobilier, si ce n'est le placement d'un capital et comment placer un capital sans acquérir? Or la loi permet à la femme séparée de disposer de son mobilier. » Ainsi s'exprime dans toute sa rigueur un premier essai d'interprétation stricte de l'alinéa 2 de l'art. 1449.

Aubry et Rau¹ s'appuyant sur l'alinéa 2 de ce même article admettent pour la femme séparée « le droit de vendre ses meubles corporels, d'en disposer à un titre onéreux quelconque, de céder ses créances ou autres droits mobiliers, transiger sur les contestations y relatives, ou acquiescer aux jugements rendus sur les dites contestations et procéder au partage conventionnel d'une succession mobilière à laquelle elle est appelée. Elle peut enfin faire au comptant toutes espèces d'acquisitions mobilières et immobilières non seulement au moyen de ses économies, mais encore avec les deniers provenant de la rentrée de ses capitaux ». Ils lui reconnaissent en outre le droit de convertir en titres au porteur ses titres nominatifs et la capacité nécessaire pour pouvoir sans autorisation placer ses capitaux en rente viagère.

Sans être aussi formels dans leurs termes, Aubry et Rau

1. Aubry et Rau, t. VIII, § 516, p. 233 et seq.

partent du même principe que Labbé et concluent à une large capacité de la femme séparée.

M. Planiol, dans son *Traité élémentaire de Droit civil*¹ incline lui aussi à admettre cette thèse et consent à « accorder à la femme séparée la pleine disposition de ses meubles corporels et incorporels tout au moins lorsqu'il ne s'agit pas d'aliénations à titre gratuit. »

Il invoque en faveur de cette doctrine le sens apparent du texte, l'autorité de l'ancien Droit et la simplicité d'application pratique de cette interprétation. Ces trois arguments ont été l'objet de vives discussions.

C'est qu'en effet, en face des partisans de cette interprétation extensive de la capacité de la femme séparée, s'est constitué un autre parti non moins nombreux² et non moins convaincu. Il a même eu pour lui l'appui de la jurisprudence qui après quelques hésitations a déclaré que la femme séparée ne pouvait disposer de son mobilier et l'aliéner que dans les limites de l'administration. Quelques arrêts disent même : dans les limites d'une sage administration.

Sans doute, l'article 1449 dans son 2^e alinéa est conçu en termes si formels qu'il a paru tout d'abord difficile d'en contester le sens. L'on a même pensé qu'il fallait admettre dans leur sens rigoureux les deux mots du texte « aliéner et disposer » et par suite décider que la femme pouvait disposer de son mobilier à titre onéreux et à titre gratuit.³

Mais de l'art. 1449, l'on a rapproché l'art. 217 : « La femme non commune ou séparée de biens ne peut donc, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. » Pour atténuer la contradiction qui résulte du rapprochement de ces deux articles, il faut rapprocher l'alinéa 2 de l'art. 1449 de l'alinéa 1^{er} dont l'alinéa 2 n'est que le développement : la femme peut dis-

1. Planiol, t. III, p. 1452.

2. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. III. Demolombe, t. IV, n° 155. Guillouard, t. III, n° 1193. Colin et Capitant, t. III.

3. Delvincourt, t. II, note 5, p. 200; t. III, note 5, p. 119, 3^e édit.

poser de son mobilier, non point « comme bon lui semblera », suivant les termes excessifs de la pratique notariale, mais dans la limite de l'administration. L'art. 217 texte de principe ne peut être abrogé par l'art. 1449 qui doit s'interpréter dans les limites fixées par le texte originaire.

Demolombe l'explique parfaitement ¹ : « La femme séparée peut d'après les termes formels de l'art. 1449 « disposer de son mobilier et l'aliéner, de son mobilier quel qu'il soit, corporel ou incorporel (art. 535), par conséquent céder et transporter ses créances. Mais pourtant remarquez que ce droit de disposition ne lui est accordé que comme une conséquence et un moyen de son droit d'administration. La règle est dans l'art. 217; l'exception dans l'art. 1449; or la disposition première et principale de cet article a pour but de concéder à la femme la libre administration de ses biens; le second paragraphe n'est que la suite et le développement du premier et ce n'est dès lors que pour cause d'administration qu'il permet à la femme d'aliéner son mobilier. »

Ce raisonnement est appliqué par toute la doctrine à l'interprétation des deux termes « disposer et aliéner ». Tous les auteurs s'accordent à voir dans l'emploi de ces deux mots une formule redondante, et s'ils admettent qu'il puisse y avoir matière à doute, c'est pour conclure qu'en cas de doute il faut revenir au droit commun, soit dans l'espèce, aux articles 216 et 217 qui en termes absolus prohibent la donation entre vifs soit de meubles soit d'immeubles consentie sans autorisation par la femme séparée de biens. Pourquoi dès lors ne pas appliquer le même raisonnement à l'aliénation à titre onéreux et convenir qu'il faut, ici aussi, revenir au droit commun, c'est-à-dire à l'article 217 ?

Dé plus le rapprochement établi entre l'alinéa 2 et l'alinéa 1^{er} de l'art. 1449 réserve faite des prohibitions de l'art. 217, permet de concevoir la validité d'aliénation du mobilier à titre onéreux : ces aliénations sont parfois nécessaires dans l'admi-

1. Demolombe, *Du mariage*, t. II, § 155.

nistration d'une fortune et c'est reconnaître l'importance et l'utilité de l'art. 1449 que l'interpréter comme modifiant sur ce point la prohibition absolue de l'art. 217. Ce n'est pas le considérer comme sans effet et sans portée.

Ainsi interprétés et rapprochés les art. 217 et 1449 nous conduisent à des solutions essentiellement logiques et en accord parfait avec l'esprit général du Code en cette matière.

Seront et resteront rigoureusement interdites toutes dispositions à titre gratuit¹. Au contraire seront permises certaines dispositions à titre onéreux² : nombre de ventes mobilières entrent en effet dans les limites de l'administration. Ainsi les ventes de récoltes, de bestiaux destinés à la boucherie et de tous autres objets destinés à être vendus. D'autre part, comment interdire efficacement la vente des meubles corporels que l'art. 2279 rendra inattaquable.

Mais c'est surtout en matière de ventes de valeurs mobilières, de créances ou de valeurs nominatives que cette interprétation des art. 217 et 1449 prend tout son intérêt.

Certes, à l'époque où les rédacteurs du Code civil écrivaient cet article, le vieil adage, "*Res mobilis, res vilis*", et la vieille formule "*Vilis mobilium possessio*" avaient encore une réelle signification et les meubles et valeurs mobilières n'avaient pas encore acquis l'importance et la valeur qu'ils ont de nos jours. Et c'est peut-être dans cette considération historique et économique qu'il faut chercher l'explication et l'excuse de cet art. 1449 imprécis et ambigu.

Quoi qu'il en soit, pour s'en tenir à l'exposé de cette interprétation, il faut décider que la femme séparée a le droit de disposer de sa fortune mobilière dans les limites de sa « libre et entière administration ». Ce droit de libre et entière admi-

1. Paris, 28 juin 1851, S. 51. 2. 337. D. 52. 2. 22.

Paris, 24 janvier 1874, D. 74. 2. 224. Grenier, *Donations*, n° 109 et s. Duranton, *op. cit.*, XIV, n° 425. Demolombe, *op. cit.*, IV, n° 150. Marcadé, sur l'art. 1449, n° 3 et 4. Troplong, *op. cit.*, II, n° 1405 et s. Laurent, *op. cit.*, III, n° 98. Guillouard, *op. cit.*, III, n° 1193. Rodière et Pont, *op. cit.*, III, n° 2192. Aubry et Rau, *op. cit.*, VIII, § 516, texte et note 79. Planiol, III, n° 1454.

2. Civ. Cass., 5 mai 1829. S. chr.

nistration lui est reconnu par les articles 1449 et 1536. Et c'est sur ce point que, conformément à l'avis de MM. Colin et Capitant, nous croyons qu'il faut distinguer le caractère extensif de la capacité de la femme séparée du caractère restrictif de la capacité du mineur émancipé. L'art. 1449 donne au mineur émancipé la « pure administration; la femme séparée, au contraire a la libre et « enlière » administration; elle pourra donc faire avec une entière liberté et une complète indépendance tous les actes d'administration et par conséquent dans cette limite disposer et aliéner son mobilier suivant la formule de l'art. 1449, formule qui n'est que l'application pratique courante du principe posé dès le début de l'article et qui a pour contre-partie l'alinéa 3 du même article. Une fois la règle générale établie, l'alinéa 2 permet l'une de ses applications et l'alinéa 3 interdit l'autre. Ainsi compris l'art. 1449 n'est pas en contradiction avec l'article 217; il porte une exception au principe, il examine ensuite et il explique l'exception qu'il formule pour en délimiter l'application. Il paraît donc que tout en constatant une certaine ambiguïté dans la rédaction de l'art. 1449, il reste difficile d'en tirer des arguments en faveur de la thèse qui admet pour la femme séparée l'entière et absolue liberté de disposition de sa fortune mobilière.

A côté de l'argument de texte, l'argument historique a été invoqué en faveur de cette même thèse. Il est hors de doute que ce problème de la capacité de la femme séparée avait dans notre ancien droit suscité de vives controverses.

Dumoulin pensait que le mari devait être dépouillé de tout droit sur les biens de la femme. La jurisprudence des Parlements de Bourgogne et de Normandie, les coutumes de Montargis, de Sedan et de Dunois consacraient cette manière de voir. Loisel, dans ses « *Institutes coutumières* » dit que « Femme séparée de biens, autorisée par justice peut contracter et disposer de ses biens, comme si elle n'était pas mariée. »

Mais, en définitive, ce fut la doctrine opposée qui l'emporta dans les pays de Coutume. La survivance de l'autorité maritale

d'étendue par Laurière, Brodeau, Lebrun prévalut également dans les coutumes de Paris¹ et d'Orléans².

Pothier écrivait dans son *Traité de la Puissance du Mari* n° 15 : « La femme séparée peut se passer de l'autorisation de son mari seulement pour les actes et contrats qui ne concernent que l'administration de ses biens que la séparation lui donne le droit d'administrer. A l'égard de tous autres actes, comme seraient les contrats de vente ou d'échange d'un héritage, un emprunt de sommes considérables, l'acceptation ou la répudiation d'une succession échue à la femme et généralement tous les actes qui ne sont pas de simple administration, la femme quoique séparée ne peut valablement les faire sans l'autorisation de son mari ou du juge. »

Bourjon dit lui aussi :³ « La séparation de biens donne à la femme la capacité de passer valablement sans autorisation tous actes d'administration ; cela est une suite nécessaire de la séparation de biens ; mais cette capacité ne va pas au-delà. »

Sans doute, dans les pays de droit écrit, la femme pouvait sans autorisation disposer de ses paraphernaux, meubles ou immeubles. Mais il est à croire que suivant leur habitude, les rédacteurs du Code ont suivi les règles du droit coutumier nettement établi dès le xvi^e siècle dans les coutumes de Paris et d'Orléans et ont assimilé à la séparation de biens des pays coutumiers celle qui sous le régime dotal existait à l'égard des paraphernaux.

La tradition historique ne semble donc pas avoir influencé les rédacteurs du Code civil dans le sens d'une capacité de la femme séparée, étendue au-delà des actes d'administration. Bien au contraire, il faut admettre que s'ils avaient voulu déroger aux règles de l'ancien droit, ils l'eussent clairement indiqué au cours des travaux préparatoires. De plus, ils n'eussent pas laissé une dérogation aussi importante rédigée en termes va-

1. Art. 234.

2. Art. 196, nouvelle coutume.

3. *Droit commun de la France. De la communauté*, 4^e partie, chap. IV, sect. IV, § 18, t. I, p. 586, de l'édition de 1770.

gues et douteux. Nulle part, les Travaux préparatoires ne témoignent d'une intention quelconque de donner à la femme des pouvoirs plus étendus que dans l'ancien droit; et l'article 1449 ne porte pas en lui le signe net d'une aussi importante innovation.

Le dernier argument des partisans de la liberté de disposition du mobilier pour la femme séparée, repose sur la simplicité d'application pratique de cette interprétation. Il n'est point nécessaire de distinguer l'acte rentrant dans les limites de l'administration ou la dépassant; point de ces différences subtiles : la femme a le droit d'aliéner son mobilier.

Il n'est pas douteux que l'application de cette doctrine est aisée; mais cet argument qui pourrait avoir son intérêt auprès de législateurs désireux de modifier et de simplifier l'art. 1449, n'a aucune valeur auprès de simples commentateurs.

Les Tribunaux, organe quotidien d'application pratique en décident ainsi, puisqu'ils ont proclamé à maintes reprises que « la femme ne peut disposer et aliéner son mobilier que dans la limite de sa libre administration », et s'ils ont éprouvé quelque difficulté à délimiter le domaine de la libre administration, ils n'en sont pas moins parvenus à l'unanimité sur cette question.

Il faut reconnaître toutefois que cette unanimité ne s'est affirmée qu'après quelques hésitations et que la jurisprudence a suivi sur cette question une intéressante évolution.

Pendant une première période¹, suivant à la lettre le texte du Code, la jurisprudence permettait à la femme d'aliéner son mobilier indéfiniment et même de s'obliger jusqu'à concurrence de ses biens meubles et de ses revenus; capable d'aliéner directement, la femme doit pouvoir également consentir des obligations en s'obligeant.

Puis surviennent les distinctions : on reconnaît à l'épouse

1. Cass., 16 mars 1813, S. 14. 1. 160; 18 mai 1819, S. 19. 1. 339. Colmar, 8 août 1820, S. 21. 2. 266. Riom, 12 juillet 1821, S. coll. nouv., 6. 2. 448. Poitiers, 19 août 1824, S. coll. nouv., 7. 2. 428. Besançon, 31 janvier 1827, S. 27. 2. 250. Lyon, 18 juin 1847, S. 48. 2. 98.

la capacité d'aliéner, mais sans que cette capacité emporte nécessairement la capacité d'engager les meubles dont la loi ne parle pas; la dérogation à l'article 217 doit être interprétée restrictivement; d'ailleurs l'aliénation indirecte par suite d'emprunt, par exemple, est beaucoup plus périlleuse qu'une aliénation directe¹.

Dans une série d'espèces relatives aux obligations de la femme, on voit déjà poindre la règle générale d'après laquelle le droit de la femme d'aliéner ses meubles se limite aux actes d'administration². Mais ces arrêts ne statuent encore que sur l'annulation d'obligations contractées par la femme.

Enfin, vers le milieu du siècle dernier s'est dégagé nettement le système qui a prévalu en jurisprudence. La femme ne peut aliéner son mobilier ni directement, ni d'une manière indirecte, si ce n'est pour des actes d'administration.

Il faut toutefois signaler que dès 1831³, la Cour de Cassation disait que « si l'art. 1449 dispose que la femme séparée de biens en reprend la libre administration et s'il ajoute qu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner, ce n'est que par exception au droit commun et que toute exception doit être entendue dans un sens restreint d'où il résulte par suite que la disposition de cet article ne peut recevoir d'application qu'aux actes qui ont pour objet ou qui doivent avoir pour résultat l'administration des biens. »

Mais c'est l'arrêt de la Cour de Paris du 27 novembre 1857⁴ qui formule le premier l'interprétation depuis lors maintes fois répétée. Il décide « que la disposition de l'art. 217 du Code Napoléon est absolue et sans restriction; que si elle a été modifiée par l'art. 1449 du même Code, cette modification est

1. Paris, 7 août 1820, D. 1823. 2. 132. Paris, 1^{er} juin 1824, D. 25. 2. 73. Montpellier, 10 juin 1830, D. 31. 2. 156, et six arrêts successifs de Cassat. Cf. *Dall. Alp., contrat de mariage*, n° 1971.

2. Rouen, 18 novembre 1825, D. 26. 2. 98. Cassat., 5 mars 1829, S. 29. 1. 181. Cassat., 7 décembre 1830, S. 31. 1. 22. Cassat. 3 janvier 1831, S. 31. 1. 22. Caen, 6 mars 1844, D. 45. 2. 110.

3. Cass., 3 janvier 1831, D. 31. 1. 260; S. 21. 1. 22.

4. D. 1857, 2. 209.

restreinte dans les limites que le dit article a clairement tracées, en lui rendant la libre administration de ses biens et en l'autorisant à aliéner son mobilier; que, du rapprochement de ces deux dispositions et de ce qu'elles sont contenues dans le même article, il résulte évidemment que la faculté d'aliéner le mobilier n'a été accordée à la femme que pour lui donner le moyen d'administrer librement ses biens. »

Quelques résistances à cette interprétation de l'art. 1449 se sont faites jour dans des décisions judiciaires¹ et ont été appuyées de l'autorité d'éminents jurisconsultes dont Labbé².

Mais le principe était posé; il n'a cessé de s'affirmer et le dernier arrêt sur cette matière en date du 24 octobre 1906 le répète : dans cet arrêt de la Chambre des Requêtes⁴, il est dit que « aux termes de l'art. 1449 la femme séparée reprend la libre administration de ses biens et peut disposer de son mobilier et l'aliéner, mais que la capacité à elle ainsi conférée se borne aux actes relatifs à l'administration de ses biens et à l'indépendance de gestion de sa fortune mobilière et qu'il appartient à celui qui poursuit l'exécution des dits actes d'en démontrer le caractère et la légalité³. »

La femme a donc suivant la thèse que nous avons essayé de défendre le droit d'aliéner son mobilier dans les limites de sa libre administration et en vertu même de son droit d'administration. Mais, pourra-t-elle s'obliger dans la limite même de cette administration ?

Dans un arrêt du 13 mars 1813⁴, la Cour Suprême partant

1. Seine, 3 février 1869, D. 71. 3. 109. Seine, 9 juillet 1872, D. 72. 3. 96. Seine, 1^{er} mars 1895, journal *Le Droit* du 26 avril 1895.

2. Labbé, *Notes*, S. 82. 2. 233. et S. 86. 1. 97, col. 2. Il cite un arrêt de rejet de la Chambre civile du 30 décembre 1862 (S. 63. 1. 257; D. 63. 1. 41), dans lequel il s'agissait d'une femme qui avait employé ses capitaux mobiliers à des opérations de jeux de Bourse. L'autorisation était ici indispensable puisqu'il s'agissait d'un acte éminemment dangereux, acte de désordre et de dissipation.

3. Req., 25 avril 1882, S. 83. 1. 221; D. 82. 1. 248. Paris, 12 mai 1859, S. 59. 2. 561. Civ. réj., 30 décembre 1862, S. 63. 1. 257; D. 63. 1. 41. Cassat., 2 décembre 1885 S. 86. 1. 97; D. 86. 1. 294. Lyon, 17 juin 1887 Pand. Franc, 89 2. 286. Aix, 29 avril 1890, S. 90. 2. 130. Paris, 22 février 1894, *France judic.*, 94. 2. 141. Alger, 6 juillet 1892, S. 93. 2. 275; 24 oct. 1906, S. 1910. 1. 482.

4. S. 14. 1. 160.

de la solution que nous venons de repousser, savoir que la femme séparée pouvait disposer de son mobilier à titre onéreux en venait à conclure qu'elle pouvait par suite s'obliger de façon que ses obligations fussent exécutoires sur sa fortune mobilière.

Pourquoi ne pouvoir pas, en effet faire indirectement en s'obligeant, ce qu'elle pouvait faire directement par aliénation?

L'incapacité de s'obliger n'est pas inscrite formellement dans les articles 216 à 220; elle résulte implicitement de l'interdiction d'aliéner; en interprétant l'art. 1449 comme levant cette incapacité d'aliéner, on levait par là même l'incapacité de s'obliger et on admettait que la femme séparée pouvait s'obliger sur ce qu'elle pouvait aliéner.

Tel était le raisonnement de la Cour de Cassation. Il était erroné en deux points : d'abord il admettait pour la femme séparée le droit d'aliéner librement et sans limites son mobilier, ensuite il omettait de considérer que l'interdiction de s'obliger résulte pour la femme mariée implicitement des termes de l'article 217, 219 et surtout de l'art. 220. En réalité, la femme mariée est frappée à la fois de l'incapacité d'aliéner et de l'incapacité de s'obliger. La femme mariée sous la séparation de biens profite d'une exception établie par l'art. 1449 qui lève partiellement pour elle l'incapacité d'aliéner et dans cette mesure celle de s'obliger. Ainsi en décide la jurisprudence¹ : « Attendu, dit un arrêt de Cassation du 25 avril 1882, que l'arrêt attaqué constate en fait que l'engagement pris par la dame G... alors séparée de biens dépasse les limites d'un acte d'administration; attendu qu'il résulte des articles 217 et 1449 que la femme séparée de biens ne peut s'obliger sans autorisation qu'autant qu'en s'obligeant elle administre. »

Et la Cour décidait que « la nullité de l'engagement de la femme est valablement prononcée par les juges du fait, lorsqu'ils ont constaté que cet engagement de la femme dépassait les limites d'un acte d'administration et que « est nul comme

1. S. 83. 1. 221; D. 82. 1. 248.

dépassant ces limites l'acte par lequel la femme séparée de biens *s'engage* sans l'autorisation de son mari à payer même seulement sur ses revenus une dette commerciale antérieure à sa faillite alors qu'il est intervenu un concordat par abandon d'actif entre elle et ses créanciers et qu'il n'existait plus dès lors d'action directe contre elle à raison de cette dette. »

Mais il ne faudrait pas en conclure que les engagements ainsi souscrits par la femme dans la limite de son administration n'auront comme gage que ses meubles.

En vertu de l'art. 2092, le créancier possède un droit de gage général sur les biens mobiliers et immobiliers de son débiteur.

Par suite, si l'engagement de la femme est valable, elle en répond sur l'ensemble de son patrimoine meubles et immeubles. Si, au contraire, il est nul, elle n'en est pas plus tenue sur ses meubles que sur ses immeubles. Mais la limite de sa capacité ne saurait limiter le droit de poursuite de ses créanciers.

En résumé donc, la femme mariée sous le régime de séparation de biens garde l'entière administration de ses biens et la jouissance libre de ses revenus, sauf sa contribution aux charges du ménage; elle a le droit de disposer de sa fortune mobilière dans la limite de cette administration, et celui de s'obliger dans la même limite sauf recours de ses créanciers sur l'ensemble de ses biens.

Ceci posé, il nous reste à distinguer parmi les principaux actes juridiques, quels sont ceux qui suivant notre thèse rentrent dans la capacité de la femme séparée de biens.

III. — Quels sont les actes rentrant dans les pouvoirs d'administration de la femme séparée.

Pour arriver à quelque précision et à quelque clarté, il faut établir trois listes :

- a) Liste des actes sûrement permis.
- b) Liste des actes certainement défendus.
- c) Liste des actes donnant lieu à controverse.

A) ACTES SUREMENT PERMIS A LA FEMME SÉPARÉE.

1^o La femme séparée peut percevoir les fruits et revenus toucher ses loyers et fermages, intérêts arrérages et dividendes, en donner quittance. Sauf le versement de sa contribution aux charges du ménage auquel elle est astreinte et que son mari peut exiger par voie de saisie arrêt, elle a l'entière disposition des revenus courants. Elle peut même les dissiper à sa guise. Elle n'a donc pas besoin d'autorisation pour en disposer par dons manuels, soit même pour passer un acte authentique de donations entre vifs, n'ayant pour objet que des deniers comptants provenant de ses revenus courants; mais si la femme économise ses revenus année par année, ils forment alors un capital, et dès lors ils ne peuvent être l'objet d'aucun acte de disposition, soit à titre gratuit, soit dans les limites de la libre administration, sans l'autorisation du mari (art. 217).

2^o Elle peut faire les actes conservatoires tels que requérir la première inscription d'une hypothèque ou la renouveler, interrompre une prescription, faire accomplir une transcription.

Elle pourra même procéder à un inventaire de successions mobilières à elle échues; un arrêt de la Cour d'Orléans du 15 février 1893¹ décide même que le mari ne peut être autorisé fût-ce à ses frais à assister à l'inventaire a nsi requis par sa femme. « Attendu que le mari pour soutenir qu'il a tout au moins le droit d'assister à l'inventaire à ses frais se prévaut de ce que la séparation de biens laisse subsister le lien conjugal et qu'il en tire cette conséquence que le mari, surtout le chef de famille a un droit de surveillance sur les actes de sa femme; mais attendu que c'est précisément ce droit qui a été restreint par les art. 1449 et 1536 dans la mesure des actes qu'ils ont visés; attendu que le mari invoque en vain l'intérêt qu'il aurait à s'assurer par lui-même de la sincérité de l'inventaire pour

¹ S. 93. 2. 288; D. 93. 2. 368.

autoriser à bon escient la femme D... à accepter la succession et pour faire déterminer avec certitude la proportion dans laquelle elle devra contribuer aux frais du ménage et à l'entretien des enfants communs; attendu qu'il ne suffit pas d'un intérêt prétendu et même justifié pour créer au profit du mari un droit d'immixtion dans les actes que la femme peut faire sans son autorisation, dès l'instant où l'art. 1449 a apporté une modification au principe général de l'art. 217, que l'art. 942 C. proc. civ. a déterminé les personnes en présence desquelles l'inventaire doit être fait, mais on n'y voit pas figurer le mari dont la femme a obtenu la séparation de biens... » A fortiori, la femme peut faire au fisc la déclaration de succession après décès.

Rentrent aussi dans les actes conservatoires, les acquisitions nécessaires à la culture des terres et à la jouissance des biens : ainsi la femme peut traiter avec des ouvriers ou domestiques pour des travaux de labour, semences et récoltes, ou même avec un entrepreneur pour l'accomplissement de réparations d'entretien. Elle pourra même s'obliger pour faire exécuter les grosses réparations nécessaires (art. 223., art. 1428, 1718).

Elle fera les acquisitions d'engrais et les soldera; elle acquittera les impôts en tant qu'ils sont à la charge du propriétaire.

Les ventes d'objets périssables, tels que récoltes, produits agricoles ou autres, ou objets destinés à être vendus tels que chevaux, bestiaux, etc. sont également permises à la femme, et peuvent se classer au rang des actes conservatoires comme concourant à l'entretien et à la gestion normale et bien comprise de ses biens et à la sauvegarde de sa fortune.

Enfin les baux peuvent être passés par la femme séparée de biens à condition toutefois qu'ils ne dépassent pas le délai de neuf ans. C'est la thèse généralement admise en doctrine, par application en cette matière de l'art. 481 édicté pour le mineur émancipé. La jurisprudence est dans le même sens. Aussi, aux termes d'un arrêt de la Cour de Paris de 1859¹; « Une

1. 24 Déc. 1859. D. 60. 5.350.

femme séparée de corps et de biens (à noter que l'arrêt est antérieur à la loi de 1893 qui a rendu à la femme séparée de corps sa pleine capacité) ne peut sans le consentement de son mari consentir un bail d'une durée illimitée qui ne doive cesser qu'à la volonté du preneur : « Attendu qu'une telle stipulation bien qu'elle n'ait rien d'illicite entre personnes capables de contracter n'a pu être consentie par la femme F... sans autorisation de son mari. Qu'en effet, quoique séparée de corps et de biens, elle ne pouvait faire que des actes de pure administration. Qu'un bail ne rentre dans cette catégorie qu'autant que sa durée n'excède pas neuf années. » L'arrêt décide ensuite qu'une telle convention n'est pas nulle, mais qu'elle doit être réduite à la limite des actes de pure administration permis à la femme séparée. En cela la jurisprudence diffère de l'ancien droit qui frappait de nullité dans son entier le bail excédant neuf ans.

C'est d'ailleurs, peut-on dire, un principe de notre Code de considérer comme des actes d'administration les baux dont la limite est réduite à neuf ans — à diverses reprises le Code édicte cette règle : art. 595 à propos de l'usufruitier ; art. 1429-1430 concernant les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme ; art. 1718. Les auteurs sont nombreux en ce sens¹. Baudry Lacantinerie, Le Courtois et Surville admettent cependant que la femme peut consentir valablement des baux de plus de neuf ans si dans les usages du pays où ils sont passés, ces baux sont considérés comme actes d'administration. Il est évident qu'aucune disposition de la loi ne s'oppose à ce qu'un acte considéré suivant les usages du lieu comme acte d'administration ne puisse être valablement passé par la femme séparée.

Les baux qui peuvent être ainsi valablement passés par la femme sous cette condition de durée sont les baux à loyer

1. Laurent, XII, n° 294. Duranton, *op. cit.*, XIV, 427. de Folleville, I, n° 430. Rodière et Pont, *op. cit.*, III, n° 2189. Aubry et Rau, VIII, § 516. Guillelouard, III, n° 1179. Hue, IX, 277. Planiol, III, n° 1446.

baux à ferme, baux à métayage ou colonage partiaire conformément aux usages. (L. du 18 juillet 1889 art. 13).

De même que sans autorisation la femme peut consentir des baux, de même elle pourra seule les résilier en qualité de bailleresse.

La question inverse se pose maintenant : la femme peut consentir des baux comme bailleresse, mais peut-elle prendre à bail des meubles ou des immeubles. La réponse ne saurait faire de doute : la contre-partie est, elle aussi, un acte d'administration, et la femme peut par suite jouer le rôle de locataire dans un bail à loyer, à ferme ou à colonage partiaire et en assumer les obligations¹. Elle pourra également en demander seule la résiliation et y consentir valablement sans autorisation.

Seulement, en pratique, le tiers bailleur, ne veut pas se contenter de la seule signature de la femme et il exige que les époux louent solidairement, ce qui soulève quelques difficultés qu'il convient de signaler en se référant à la solution donnée par la jurisprudence.

C'est ainsi que la femme pourra ne payer les loyers qu'au bailleur, sans avoir à en faire le versement au mari. D'autre part, une résiliation émanée du mari n'entraînera pas résiliation pour la femme, étant donné son droit propre de preneur solidaire². De même la faillite ou la déconfiture du mari n'entraîne pas la résiliation du bail si la femme use de son droit d'en exiger la continuation à titre de colocataire solidaire, à condition toutefois de maintenir les lieux loués garnis de meubles suffisants et à exécuter les autres conditions du bail³.

Un conflit peut, à ce sujet, s'élever entre le droit d'administration de la femme séparée et la puissance maritale. Si une femme séparée a loué à un tiers une maison lui appartenant, alors que cette maison sert d'habitation à la famille, le mari

1. Bordeaux, 22 février 1878, S. 79. 2. 293. Guillouard, III, n° 1183. Huc, IX, n° 277.

2. Douai, 25 janvier 1844, S. 46. 2. 445.

3. Nancy, 13 décembre 1844, S. 46. 2. 145; D. 45. 2. 68.

peut-il attaquer le bail en invoquant son droit de choisir la résidence du ménage ? Sans doute, le mari a le droit de choisir cette résidence mais à condition d'être propriétaire, usufruitier ou locataire de la maison où il entend l'établir, et dans le cas où la femme est propriétaire de la maison, elle garde le droit d'administrer à sa guise cette maison, et d'en consentir la location à un tiers.

Le mari pourra par contre refuser l'habitation que sa femme aurait pu prendre à bail et qu'elle lui proposerait comme résidence du ménage.

Tels sont les principaux actes conservatoires qui rentrent dans les actes d'administration et qui, comme tels, sont permis à la femme séparée.

3°. La femme séparée peut en outre, toucher ses capitaux mobiliers, en donner quittance et consentir le cas échéant, la mainlevée de l'hypothèque qui garantissait leur paiement sans être assistée ou autorisée¹. L'on a objecté la disposition de l'art. 482 qui interdit au mineur émancipé de recevoir les capitaux mobiliers sans l'assistance de son curateur. Mais cette restriction ne saurait s'étendre à la femme; elle s'explique, en effet, en ce qui concerne le mineur émancipé par le danger qu'il y a d'abandonner à une personne très jeune le maniement des capitaux. Cette raison ne saurait s'appliquer à la femme et en principe, la réception des capitaux est considérée comme rentrant dans la sphère des actes que peut faire un administrateur. C'est ainsi qu'il est permis au tuteur. (Cass. 31 janv. 1911. D. 1912. I. 157. S. 1913. I. 249).

D'ailleurs si, nous éloignant du domaine de la séparation de biens contractuelle, nous abordons simplement à titre documentaire la séparation de biens judiciaire, nous y voyons comme une confirmation de cette théorie. En effet, il est admis que l'épouse peut recevoir le paiement de ses reprises,

1. Cass., 21 mai 1867, S. 1868. I. 452; 26 juillet, S. 1870. I. 17. Cass., 12 juin 1901, S. 1902. I. 121. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXII n° 558, Aubry et Rau, t. VIII, § 516, texte et note 55. Guillouard, *Contrat de mar.*, t. III, n° 1191 et t. IV, n° 2104 et s.

non seulement quand le mari concourt au paiement et par conséquent l'autorise, mais encore lorsque le paiement émane d'un tiers, non mandataire du mari. (Poitiers 4 mars 1830. D. 30. 2. 282. — Lyon 8 mai 1898 *Rev. de la Jurisp. Financière* 15 octobre 1898). De ce jugement il résulte que la femme séparée de biens, surtout lorsqu'elle est commerçante a le droit de transmettre par endossement les effets de commerce que le mari lui a cédés en paiement de ses reprises et dont elle est par conséquent le porteur régulier.

C'est ainsi que l'arrêt de la Chambre des Requêtes de 1901 (D. 1902. I. 55. — S. 1902. I. 124) décide que la femme dotale séparée de biens reprend la libre administration de ses biens dotaux confiée à son mari et qu'au rang des actes d'administration se place en vertu de l'art. 1449 du Code civil la faculté de recevoir les capitaux de la dot, sans autres restrictions que celles de la loi et du contrat de mariage. (Civ. 1449 — 1549 — 1563). En conséquence lorsque la dot n'est soumise à aucune condition d'emploi ou de remploi, la femme peut valablement recevoir le paiement du bordereau à elle délivré pour ses reprises dotales dans l'ordre ouvert pour la distribution des biens de son mari, en fournir quittance et donner mainlevée de l'inscription d'office et de l'hypothèque légale.

De même, un arrêt de la Chambre civile du 31 janvier 1911. (S. 1913. I. 249) dit de façon très nette : « Vu les art. 1449 et 1450 du C. civ. ; — attendu que d'après l'art. 1449, la femme séparée judiciairement reprend la libre administration de ses biens, qu'elle peut donc, sauf les restrictions qui seraient insérées au contrat de mariage recevoir seule ses capitaux et en donner quittance... »

Il est admis d'étendre à la femme séparée contractuellement les règles concernant la capacité de la femme séparée judiciairement ; avec l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence, nous reconnaissons donc à la femme séparée le droit de percevoir ses capitaux et d'en donner quittance.

Mais là se bornent à notre avis, les pouvoirs de la femme séparée non autorisée de son mari. L'état des textes ne permet

pas de les étendre davantage. Le régime de séparation n'est donc point encore actuellement le régime d'indépendance dont rêvent les féministes; et les partisans de l'émancipation juridique de la femme devront avant d'obtenir l'adoption du régime de séparation comme régime légal, s'efforcer d'en faire modifier les règles concernant la capacité de la femme. Nous verrons au cours de cette étude que des projets de loi en ce sens ont été déposés et en partie votés.

B. — ACTES QUI NE RENTRENT PAS DANS LA CAPACITÉ
DE LA FEMME SÉPARÉE DE BIENS.

Il existe d'autre part, toute une catégorie d'actes qui, de l'avis unanime ne rentrent point dans la capacité de la femme séparée.

En premier lieu les aliénations d'immeubles sont aux termes des art. 217-1449 et 1538 formellement interdites à la femme séparée.

La controverse qui s'élève au sujet de l'aliénation du mobilier ne se continue point à propos de l'aliénation des immeubles : sur ce point, les textes sont formels. L'art. 217 formule la même interdiction à l'égard de la constitution d'hypothèque et par conséquent de tout droit réel aboutissant en fait à une aliénation plus ou moins complète.

Mais la difficulté commence dès qu'il s'agit de déterminer les cas d'aliénation proprement dite.

Prenons des exemples : la femme pourra-t-elle sans autorisation maritale concéder une carrière à ouvrir dans un terrain jusqu'alors concédé à la culture, ou encore pourra-t-elle dans un semblable terrain concéder le droit d'extraire soit de la terre pour faïences, porcelaine, tuiles, briques, soit des marnes, phosphates ou minerais ? Non, sans doute, quand ces concessions affectent un caractère perpétuel ou indéfini qui assimile ces concessions à de véritables servitudes, mais encore il faut

répondre par la négative toutes les fois que les concessions ainsi consenties équivalent à un acte plus important qu'un simple bail de neuf ans. Nous croyons que la même solution s'impose dans certains cas de ventes qui, mobilières pour l'acquéreur contiennent en réalité une aliénation partielle des fonds.

Ainsi un arrêt de la Cour de Douai de 1872¹ décide que la femme séparée de biens a besoin de l'autorisation de son mari ou de justice, pour céder à des tiers le droit d'extraire certaines substances par exemple du phosphate de chaux dans sa propriété : la concession d'un pareil droit équivalant à une aliénation partielle de fonds et non à une disposition de simples fruits.

« Attendu, dit l'arrêt, que ces extractions se font en déplaçant les couches de terre végétale qui couvrent les phosphates, en extrayant et enlevant celle-ci dans toute la longueur et l'épaisseur des couches puis en replaçant la terre végétale sur le nouveau sol resté à découvert. »

« Attendu que ces diverses opérations ont pour conséquence non d'enlever à la terre de simples fruits, mais tout au contraire de la priver de ce qui constitue l'une des parties intégrantes de ce qui contribue à en déterminer la valeur ; que même son niveau, ses rapports relativement aux terrains voisins s'en trouvent modifiés et que la transformation opérée ne saurait équivaloir qu'à une véritable aliénation partielle des fonds ; que, dès lors, l'autorisation maritale est nécessaire pour en valider la convention. »

« Attendu, en effet, qu'aux termes de l'art. 1449 la femme séparée de biens tout en ayant la libre administration de ses biens immeubles, n'en peut cependant aliéner aucune partie sans y être spécialement autorisée par son mari... »

Les attendus de cet arrêt sont intéressants à rapporter : ils montrent nettement dans quel esprit la jurisprudence reconnaît à la femme une certaine capacité. Il semble que non seulement la Cour s'attache à la lettre du texte interdisant

1. S. 73, 2, 139 ; D. 73, 2, 92.

l'aliénation des immeubles, mais qu'encore elle interprète ce texte comme une mesure de préservation rigoureuse dictée par le Code à seule fin de conserver intact le patrimoine immobilier de la femme séparée. Comment admettre qu'après avoir d'un côté aussi soigneusement écarté le risque de dissipation d'une partie de ce patrimoine, il soit possible de laisser entière la liberté de disposition d'une partie de la fortune mobilière, liberté qui conduit plus vite au gaspillage qu'une simple concession du droit d'extraire des phosphates de chaux. Un même esprit a présidé à la rédaction de ces textes; les circonstances économiques ont pu influencer sur l'intérêt de leur application pratique; mais une même pensée doit présider à leur interprétation.

Une même distinction est à faire au sujet des ventes de bois taillis et de coupes dans de hautes futaies aménagées ou encore des arbres de haute futaie non mis en coupes réglées. La femme peut vendre des bois taillis et des coupes dans de hautes futaies aménagées, mais elle ne pourra pas vendre des arbres de haute futaie non mis en coupes réglées. La difficulté réside ici encore dans la délimitation toujours difficile à faire entre les actes d'administration et les actes de disposition.

Nous avons admis que la femme séparée pouvait recevoir des capitaux et en donner quittance, consentir à la (mainlevée) et à la réduction de l'hypothèque qui lui servait de sûreté; mais il ne faut pas admettre la possibilité pour elle de consentir à une mainlevée ou à une concession d'hypothèque, en dehors de tout paiement et sans rien recevoir. Ce serait là un acte d'aliénation de capital et la femme n'a pas le droit d'aliéner son capital; elle n'a pas d'ailleurs le droit d'en rendre le recouvrement plus aléatoire en renonçant avant paiement aux sûretés qui le garantissent. Il y a là acte de disposition (Alger 22 janvier 1866. S. 66. 2. 193).

L'article 217 dispose ensuite que la femme mariée même séparée de biens ne peut sans autorisation acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux.

Quelques textes spéciaux confirment cette disposition :

ainsi l'art. 934, décide qu'elle ne peut accepter une donation sans autorisation; elle ne peut pas non plus accepter un legs ou une succession sans y être habilitée. Mais cette prohibition réitérée du Code repose sur une considération d'ordre moral plus que sur une question de capacité : il a paru à juste titre décent que la femme ne pût recevoir à titre gratuit sans intervention de son mari.

Par contre, si la femme séparée est tenue de se faire autoriser pour refuser un legs ou une succession, il faut voir là une conséquence de la prohibition d'aliéner à titre gratuit et à titre onéreux : la renonciation à un legs ou une succession est considérée comme une aliénation à titre gratuit ou à titre onéreux suivant les cas. Toutefois, il faut noter dès maintenant que l'acquisition à titre onéreux a soulevé en doctrine ou en jurisprudence certaines difficultés que nous examinerons plus loin.

Nous avons déjà étudié dans quelle limite la femme séparée de biens pouvait s'obliger. (Cf. p. 54) : elle ne peut contracter d'obligations, avons-nous dit, que dans les limites de son administration.

Par suite l'emprunt lui est interdit, à moins qu'il ne soit contracté à fin d'administration¹; ainsi elle pourra traiter à crédit avec des entrepreneurs et des fournisseurs pour procéder aux réparations que nécessitent les locaux lui appartenant. La validité de l'emprunt dépend de sa raison d'être. Un récent arrêt de la Cour de Cassation en date du 27 avril 1916² décide « qu'il appartient aux juges du fond de constater souverainement que la *somme empruntée* par une femme mariée sous le régime de la séparation de biens sans l'autorisation de son mari a été affectée par elle à une *nécessité légitime de son administration mobilière*, que par suite les billets souscrits par elle sont valables et que le créancier peut pratiquer une saisie-arrêt entre les mains de ses débiteurs. »

1. Caen, 6 mars 1844, S. 45. 2. 301; D. 45. 2.110. Paris, 27 novembre 1857; D. 57. 2. 109.

2. *Bulletin des sommaires*, S. 1917. 1. 17.

A fortiori, la femme est incapable de se porter caution d'un tiers; le cautionnement n'est jamais un acte d'administration, il constitue au contraire, un acte dangereux même de la part des majeurs maîtres de leurs droits¹.

La femme séparée ne saurait davantage entrer dans la constitution d'une société civile ou commerciale sans y être spécialement autorisée². Cette autorisation spéciale est même requise pour la femme commerçante bien que l'autorisation générale à elle donnée de faire le commerce l'habilite à faire tous les actes relatifs à son commerce (art. 5 du C. de commerce et 220 du Code civil.) « A part les dangers qu'offre au point de vue pécuniaire toute association, il y a des raisons de convenance qui s'opposent à ce qu'une femme puisse, sans l'autorisation de son mari former avec une autre personne les liens étroits qui résultent d'un contrat de société »³.

Sur ce point la pratique notariale dépasse parfois les limites fixées par la loi. Dans les deux contrats de commerçants rapportés à la page 43, l'un autorise la femme à continuer la société en cours au moment de son mariage avec « M. son père seulement ». Cette autorisation spéciale est parfaitement valable. L'autre contrat qui autorise la femme à « entrer dans toutes sociétés même en nom collectif pour la durée, à telles conditions et stipulations qu'il lui plaira. » dépasse certainement les règles concernant la capacité de la femme commerçante. D'autre part, cette autorisation est conçue en termes trop généraux pour habiliter valablement la femme à former une société.

Il est également interdit à la femme de jouer à la Bourse. La Cour de Cassation s'exprime en termes fort nets dans un arrêt du 30 décembre 1862⁴. : « La femme séparée de biens ne peut aliéner son mobilier sans l'autorisation de son mari

1. Poitiers, 8 février 1858, D. 58. 2. 72; S. 58. 2. 620.

2. Laurent, XXII, n° 319. Huc, IX, n° 284. Guillouard, III, 1207. Paris, 19 janvier 1838. D. Rép., v. *Contrat de mariage*, n° 1989.

3. Lyon-Caen et Rénault, *Manuel de droit commercial*, n° 66.

4. S. 63. 1. 257.

que dans les limites de l'administration de ses biens; ainsi elle n'a pas pas capacité pour employer ses capitaux mobiliers à des jeux de Bourse sans l'autorisation maritale. »

La femme séparée de biens ne peut ester en justice. L'article 215 qui s'exprime en termes formels au sujet de la femme mariée en général n'a pas été modifié par les textes relatifs à la séparation de biens et il garde toute sa valeur en notre matière. Doctrine et jurisprudence s'accordent d'ailleurs pour refuser à la femme séparée le droit de paraître en justice même pour un conflit ayant sa source dans un acte d'administration valablement passé par elle¹. C'est ainsi que bien qu'elle ait la capacité nécessaire pour recevoir ses capitaux mobiliers et en donner quittance, elle n'a pas celle de poursuivre en justice, sans autorisation, le recouvrement des sommes dues par des créanciers retardataires. De même un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 mars 1878² a décidé que la procédure d'ordre étant un procès qui commence à la sommation de produire, l'épouse séparée sans autorisation n'a pas capacité pour suivre cette procédure. La surenchère exige aussi l'autorisation. Seuls peuvent être accomplis sans autorisation les actes conservatoires qui se placent au début de plusieurs saisies, comme l'opposition au cas de saisie arrêt.

Enfin, la femme séparée ne peut sans y être autorisée, ni acquiescer, ni se désister, ni transiger ou compromettre. Toutefois, l'on admet sans contestation que la femme peut acquiescer en ne portant pas appel dans les délais de la loi. C'est ce que décide un arrêt de la Cour de Cassation du 14 mai 1884³ qui dit notamment « attendu qu'en acquiesçant au chef du jugement, qu'elle avait été virtuellement autorisée, d'ailleurs, à poursuivre et à obtenir, la demanderesse en cassation n'a fait qu'user des pouvoirs d'administration conférés par l'art. 1449

1. Civ. Cassat., 13 novembre 1844, S. 45. 1. 45; D. 45. 1. 33. Aubry et Rau, VIII, § 516. Laurent, XXII, n° 322. Hue, IX, n° 278. Guillonard, III, n° 1202-1210.

2. S. 78. 1. 324.

3. S. 85, 1. 61; D. 84. 1. 412.

à la femme séparée de biens... » Il est, en effet, normal de concevoir qu'une femme a été implicitement autorisée dès le début de l'instance à acquiescer à une décision future qui ne serait pas contraire à la thèse qu'elle était autorisée à soutenir. D'autre part, en acquiesçant à une décision judiciaire qui respecte ses droits, l'épouse ne fait en réalité, qu'un acte d'administration.

Mais il en va différemment, lorsqu'il s'agit d'acquiescer à une demande. Dans ce cas, soit que la femme n'ait songé à opposer aucune résistance, ou qu'elle n'ait pas sollicitée l'autorisation de se défendre soit que l'ayant sollicitée et l'ayant obtenue elle ne se soit pas défendue, cet acquiescement correspond à une aliénation du droit contesté et ne peut valablement être consenti sans autorisation.

Le désistement, à plus forte raison, ne peut être consenti par la femme seule : il suppose l'épouse habilitée à former la demande et il aboutit à consacrer une solution inverse de celle que la femme avait été autorisée à poursuivre; il consacre le renoncement à un droit, et à ce titre exige l'autorisation.

La transaction est un acte grave, qui exige une capacité étendue; il s'entoure de formalités spéciales (arg. art. 467). L'art. 2045 exige pour pouvoir transiger, acquiescer ou se désister *la capacité de disposer* de l'objet sur lequel portent l'acquiescement, le désistement ou la transaction. La femme ne pouvant disposer ne saurait donc transiger pas plus qu'elle ne peut acquiescer ou se désister.

Le compromis est un acte des plus graves soumis à des règles spéciales devant un tribunal arbitral (Code de proc. civile, art. 1003 et seq). Aux termes mêmes de l'article 215 qui interdit à la femme mariée même séparée de biens d'ester en justice sans autorisation, le compromis ne peut donc rentrer dans la capacité de la femme séparée.

Les contrats rapportés plus haut (cf. page 41 et seq.) reconnaissent à la femme la capacité de traiter, transiger et compromettre sur ses droits mobiliers quelconques; ils s'expriment ainsi parce qu'ils admettent le droit pour la femme séparée de

disposer librement de son mobilier. Mais supprimez le droit de disposition, et vous supprimez du même coup le droit de transiger comme celui de compromettre. Et telle est la solution que nous adoptons.

La loi de 1907 a sur tous ces points modifié la capacité de la femme séparée de biens. Nous ne voulons pas entreprendre dans cet ouvrage une étude détaillée de cette loi, mais simplement marquer les modifications qu'elle a entraînées dans le régime qui nous occupe¹.

Cette loi a marqué, sans nul doute, un premier pas vers l'émancipation juridique de la femme en lui conférant sous tous les régimes les droits les plus étendus sur ses gains et salaires et sur les biens réservés en provenant : elle a libéré la femme de la suprématie maritale sur les produits de son travail.

C'est toutefois sous le régime de la séparation de biens que son influence a été la moindre. Un arrêt de la Cour de Douai du 13 mars 1912² a même décidé que « encore bien que sous tous les régimes, la loi du 13 juillet 1907 dispose dans son article 1^{er} que la femme a sur le produit de son travail les mêmes droits que l'art. 1449 donne à la femme séparée de biens, la femme mariée qui exerce un commerce séparé a néanmoins intérêt à demander la séparation de biens lorsque son mari est déclaré en état de liquidation judiciaire, la protection spéciale et restreinte qu'accorde à la femme la loi du 13 juillet 1907 étant moins générale et moins complète que celle qui résulte pour elle de la séparation de biens judiciairement déclarée. » Nous savons, d'autre part, qu'au point de vue capacité, séparation judiciaire et contractuelle suivent les mêmes règles. Par suite, nous sommes autorisés à conclure de cet arrêt que la loi de 1907 protège moins complètement la femme que la séparation contre l'ingérence de son mari.

1. Consulter sur la loi du 13 juillet 1907, dans l'*Annuaire de législation française* de 1908, publié par la Société de Législation comparée. pp. 180 à 205 la notice et les notes de M. Léon Lyon-Caen. V. aussi Pierre Guyon, *La femme mariée commerçante sous le régime de la loi du 13 juillet 1907*.

2. S. 1913. 2. 19.

Toutefois, après avoir, en vertu de l'article 1^{er}, § 1, donné à la femme mariée, quel que soit le régime adopté, sur les produits de son travail personnel et les biens en provenant les mêmes droits d'administration que l'article 1449 donne à la femme séparée de biens, la loi a renversé les prohibitions édictées par les art. 215, 216, 1449, 1538, que nous venons d'énumérer. En effet, non seulement la femme a la libre disposition de son salaire, mais elle a la libre disposition de ses économies : elle peut en faire emploi en acquisition de valeurs mobilières ou immobilières, et elle peut sans l'autorisation de son mari aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis. Seule subsiste l'interdiction de disposer à titre gratuit ; la femme ne peut pas faire de donation, mais elle pourra vendre ces biens dits « biens réservés », les hypothéquer, les engager.

L'article 6 lève l'interdiction formulée par l'article 215 et donne à la femme mariée le droit d'ester en justice, sans autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits que lui reconnaît la présente loi.

Faisons donc exception pour le groupe de biens réservés qui peut se trouver dans le patrimoine de la femme séparée de biens et ne lui appliquons point la série d'interdictions que nous venons de mentionner, au cours de ce paragraphe. La capacité de la femme séparée de biens n'en est nullement modifiée en elle-même, mais certains biens sont libres entre les mains de toute femme mariée.

C. ACTES SUJETS A DISCUSSION.

Entre les deux limites à peu près sûrement fixées des actes permis à la femme séparée et des actes qui lui sont interdits par suite de son incapacité, se place une catégorie d'actes sujets à discussion ; suivant leurs tendances, auteurs et tribunaux les rangent tour à tour dans l'une ou l'autre des deux catégories, mais sans jamais parvenir à s'entendre sur la nature de ces actes et sur la catégorie où ils doivent prendre définitivement place.

1. *Cession des revenus à échoir. — Assurance vie.* — La femme a une entière liberté de disposition en ce qui concerne ses revenus courants. Mais a-t-elle le droit de disposer sans autorisation de ses revenus futurs par une cession à titre onéreux ou à titre gratuit ? ce droit ne peut être admis que dans la mesure où il rentre dans le domaine de l'administration, et la jurisprudence a affirmé en se basant sur le principe que « le transfert consenti sans autorisation par la femme séparée de fermages même échus à elle dûs avec promesse d'en garantir le remboursement au cessionnaire devait être considéré comme étranger à l'administration des biens de la femme et constituent une obligation nulle à défaut d'autorisation¹ ».

« Dans un autre arrêt la Cour de Cassation a décidé que « La femme séparée de biens ne peut aliéner son mobilier sans l'autorisation de son mari qu'autant que cette aliénation est exigée par les besoins de l'administration de sa fortune et qu'ainsi est nul le transfert *de ses revenus à échoir* consenti par elle sans autorisation s'il n'a pas lieu pour les besoins de son administration². »

A ce propos il convient d'examiner si la femme séparée a la capacité nécessaire pour contracter une assurance en cas de vie ou en cas de mort. En doctrine les avis sont très partagés, et en jurisprudence, aucune décision n'est encore intervenue à ce sujet.

Certains auteurs³ concèdent à la femme séparée le droit de contracter de semblables assurances ; d'autres soutiennent que la libre administration reconnue à l'épouse séparée ne saurait aller jusqu'à lui permettre de passer seule et sans autorisation de tels contrats. A notre avis, la solution juste est à égale distance de ces deux théories extrêmes. La capacité doit être reconnue à la femme séparée quand elle stipule l'assurance à

1. Cass., 3 janvier 1831, S. 31. 1. 22 ; D. 31. 1. 260.

2. Cass., 12 mai 1859, S. 59. 2. 561.

3. Patinot, *Revue prat. de droit français*, XXVI, p. 548. Couleau, *Traité des assurances sur la vie*, III, n° 308-309. Ruben de Coudere, *Diction. de droit commun*, V. *Assur. vie*, n° 12.

son bénéfice, ou quand elle procède par là à une transformation de capital qui ne la dépouille pas et qui, en définitive ne peut s'analyser ni en aliénation ni en donation. C'est le cas où la femme stipule pour elle en cas de vie ou pour ses héritiers en cas de mort. Mais il faudrait refuser à la femme la capacité de contracter une telle obligation s'il s'agissait par exemple d'une assurance en cas de mort contractée par la femme au profit d'un tiers, car il y a là acte de disposition des revenus futurs constituant une aliénation de droits étrangers à l'administration du patrimoine de l'épouse.

D'ailleurs, en pratique, malgré les clauses larges et bienveillantes des contrats de mariages, les Compagnies d'assurances¹ n'acceptent les polices signées d'une femme mariée qu'avec la mention : « Bon pour autorisation maritale, » suivie de la signature du mari.

II. *Conversion des titres nominalifs en titres au porteur.* — La question est vivement discutée en doctrine, tandis que la jurisprudence, dans un certain nombre d'arrêts a décidé que la conversion des titres nominatifs en titres au porteur n'était qu'un acte d'administration et par conséquent rentrait dans les pouvoirs de la femme séparée.

Un premier point demande quelques éclaircissements : la conversion constitue-t-elle une aliénation déguisée ? La loi du 27 février 1880, sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à un mineur semble, aux termes de l'art. 10 la considérer comme telle ; elle dit, en effet : « La conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres. » Il semble résulter de ce texte un principe général tendant à considérer la conversion de titres nominatifs comme une véritable aliénation. Sans doute, cet art. 10 ne s'applique qu'au tuteur et aucune analogie ne paraît possible entre le tuteur administrateur de la fortune d'autrui pour lequel s'élève une question

1. Herbault, *Traité d'assurances sur la vie*, n° 108.

de pouvoirs, et la femme séparée de biens pour laquelle s'élève une question de capacité; mais dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'administration et la loi semble considérer la conversion des titres nominatifs en titres au porteur comme dépassant la portée des actes d'administration.

D'autre part, il est difficile de considérer comme aliénation, un acte qui ne fait pas sortir l'obligation ou l'action du patrimoine du propriétaire, mais qui simplement lui donne une forme nouvelle. Il faut même reconnaître à cette transformation d'appréciables résultats : les titres deviennent ainsi transmissibles de la main à la main et peuvent être vendus sans aucun frais; ils constituent une source de crédits plus féconde et les capitalistes prêtent plus volontiers sur les titres au porteur facilement et immédiatement réalisables. La jurisprudence, sans nul doute, raisonne fort justement en ne voulant pas considérer la conversion comme une aliénation; mais si par sa nature juridique la conversion n'est pas une aliénation, elle aboutit aux mêmes résultats et c'est là le danger qui semblerait appeler plus de réflexion de la part des tribunaux quand ils autorisent la femme séparée à convertir ses valeurs mobilières nominatives en titres au porteur.

La nature même du nouveau titre entraîne pour son nouveau propriétaire de sérieux dangers. L'art. 2279 protégera tout possesseur du titre et sauf les cas de perte ou de vol, le titre ne pourra être revendiqué lorsqu'il se trouvera entre les mains d'un possesseur de bonne foi.

La forme du titre permet à la femme d'échapper aux restrictions concernant son incapacité d'aliéner et la revendication du titre vendu sera rarement possible entre les mains de l'acheteur, puisque l'art. 2279 protège tout possesseur de bonne foi, dont la bonne foi ne repose pas sur une erreur de droit. La conversion de titres nominatifs en titres au porteur aboutit donc à faciliter l'aliénation du nouveau titre sans aucune garantie ni aucune protection pour l'incapable. En face de ce résultat, certains auteurs, dont M. Lyon-Caen¹ se sont

¹ J. Lyon-Caen, note, S. 69. 2. 321.

élevés contre la jurisprudence et refusent à la femme séparée le droit de convertir les titres nominatifs en titres au porteur parceque, sans qu'il y ait, en théorie, aliénation, il y a, en pratique, aliénation.

D'autres auteurs, au contraire, dont M. Guillouard¹ se prononcent dans le sens de la jurisprudence.

Aubry et Rau, disent que même en admettant que la capacité de la femme séparée ne lui permet pas d'aliéner librement son mobilier à titre onéreux en dehors des actes d'administration, elle garde néanmoins le droit de convertir. Ils rejettent l'argument d'analogie tiré de l'art. 10 de la loi de 1880 et en tirent même un argument *a contrario* en faveur de la femme séparée.

Telle est la discussion en doctrine. En jurisprudence, l'accord est unanime ainsi qu'il résulte de divers arrêts (Paris, 4 mars 1875, D. 76, 2.158). (Req. 13 juin 1876, D. 78, 1.181. S. 76, 1.344). La Cour de Cassation appelée à statuer sur l'arrêt de la Cour de Paris autorisant la conversion, confirma le dit arrêt en décidant que : « La conversion de titres nominatifs en titres au porteur n'est qu'un acte d'administration pour lequel la femme séparée de biens n'a besoin d'aucune autorisation ». « Ce n'est, avait dit la Cour de Paris dans l'arrêt confirmé, pour la femme qu'une façon de mettre sa créance sous une forme jugée par elle plus avantageuse ».

S'appuyant sur cette jurisprudence, la pratique notariale insère dans les clauses concernant la capacité de la femme séparée l'autorisation pour elle de convertir ses titres nominatifs. Mais pratiquement, les agents de change exigent le « Bon pour autorisation maritale », et à moins d'une réforme législative précise et formelle, la femme séparée ne pourra même à la faveur de la jurisprudence, user de cette extension de capacité.

III. *Partage amiable d'une succession mobilière.* — En s'appuyant sur l'article 883 et sur l'effet déclaratif du partage,

1. Guillouard, *HI*, n° 1197.

Guillouard¹ a voulu voir dans le partage un simple acte d'administration, ayant pour objet de fixer rétroactivement les droits des co-partageants sans entraîner aucune aliénation de leur part. Et il a conclu que le partage d'une succession mobilière rentrerait dans les pouvoirs de la femme séparée, tout au moins lorsqu'il a lieu à l'amiable. D'autres auteurs, dont Aubry et Rau² ont suivi la même théorie en argumentant aussi de l'art. 817 qui semble d'après eux considérer le partage comme acte d'administration.

Cette théorie nous semble un peu aventurée; le partage est un acte grave qui loin d'être considéré comme un acte d'administration permis au tuteur (art. 817) est soumis pour lui à des formalités spéciales. En second lieu, on voit mal pourquoi cet acte serait permis au cas de successions mobilières et non au cas de successions immobilières, alors que le principe de l'effet déclaratif s'applique dans les deux cas ?

En réalité, l'art. 883 et le principe de l'effet déclaratif qu'il consacre sont hors de cause ici. Le partage qui déplace les capitaux n'est pas un acte d'administration : « Soutenir le contraire c'est, suivant le mot de Labbé, substituer une fiction de partage déclaratif à une réalité qui est l'aliénation nécessaire pour transformer la propriété d'indivise en divise. »

L'art. 818 qui contient certaines dispositions à propos de partages en matière de régime matrimonial se montre assez strict sur la capacité nécessaire pour y procéder puisqu'il interdit au mari administrateur des propres de la femme en communauté de provoquer le partage définitif des objets dépendant d'une succession échue à la femme, pour partie et ne tombant pas en communauté.

La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point discuté; mais si les espèces ont manqué pour permettre à une décision

1. Guillouard, III, 1198.

2. Aubry et Rau, VIII, § 516, note 58. Laurent, XXII, n° 314. Chabot, *Des successions*; sur l'art. 818, n° 9. Toullier, IV, 408. Bellot des Minières, II, p. 154 et 155. Duranton, VII, 128. Troplong, II, 1421. Zachariac, § 516, texte et note 52.

d'intervenir, c'est sans doute parce que les notaires dans leur prudence souvent légitime ont exigé l'autorisation maritale pour procéder à tout partage de succession mobilière ou immobilière échue à la femme séparée de biens.

IV. *Placement des capitaux.*— Ici la controverse se livre non seulement en doctrine, mais encore en jurisprudence.

Il est incontestable et incontesté, ainsi qu'il a été dit précédemment, que la femme peut disposer librement de ses revenus, les placer ou les dépenser. La discussion commence dès qu'il s'agit de capitaux.

Beaucoup d'auteurs¹ reconnaissent à la femme le droit de placer les capitaux liquides qu'elle possède et de les convertir en immeubles. Ce n'est là, disent-ils, qu'un acte d'administration : une femme doit avoir le droit de faire produire ses capitaux par des placements de son choix aux termes même de sa capacité d'administration; de plus, ajoutent certains, dont Labbé, la femme ayant le droit de disposer de son mobilier, on ne saurait lui retirer le droit de convertir ce mobilier en immeubles qui constituent généralement des placements sûrs et avantageux. La loi du 27 février 1880 sert également d'argument puisqu'elle reconnaît au tuteur le droit de placer les capitaux du pupille sans lui permettre de disposer du mobilier.

Limitant d'ailleurs cette capacité de disposition, les partisans de cette doctrine n'admettent pas le droit pour la femme séparée d'acquérir à crédit ou à découvert, sauf pour l'achat d'objets indispensables pour le ménage et dont l'achat ne se fait pas habituellement au comptant; mais ils admettent la capacité pour la femme séparée d'acquérir au comptant des immeubles.

Il faut reconnaître que cette théorie s'appuie sur des considérations sérieuses de logique et de justice, mais un texte formel du Code, l'art. 217 déclare que la femme séparée ne

1. Demolombe, t. IV, n° 157. Aubry et Rau, t. VIII, § 516, note 59. Laurent, t. XXII, n° 297.

peut *acquérir à libre onéreux* sans l'autorisation de son mari, et aucun des textes relatifs à la séparation de biens ne lève cette prohibition qui, en conséquence, reste entière.

C'est l'argument de la Cour de Cassation qui, dans un arrêt du 2 décembre 1885¹ a confirmé un arrêt de la Cour d'appel d'Agen du 9 novembre 1881² dans ce sens. (Cf. au Sirey sous l'un et l'autre arrêt notes de Labbé contraires à ces décisions.)

Le débat pourrait être considéré comme tranché en jurisprudence tout au moins, si sur un autre point les Cours d'Appel ne s'étaient déjugées en admettant la validité d'un placement de capitaux en rente viagère, et en considérant que cet acte fait dans des conditions satisfaisantes avait pu répondre à des besoins d'une sage administration.

Cette contradiction de la jurisprudence s'explique, d'après nous, historiquement.

En 1834, à une époque où la jurisprudence admettait encore pour la femme séparée la libre disposition de son mobilier un arrêt de la Cour de Paris du 17 mai³ avait admis la validité du placement en rente viagère.

En effet, l'arrêt disait : « Attendu qu'aux termes de 1449, la femme séparée de biens en reprend l'administration et peut non seulement disposer de son mobilier mais aussi l'aliéner que le contrat de rente viagère par elle consenti rentre dès lors dans la libre disposition qui lui est laissée de ses capitaux et que dans l'espèce rien n'établit que ce contrat excède les facultés légalement conférées à la femme séparée de biens. »

Tandis que suivant une évolution retracée plus haut la jurisprudence limitait le droit de disposition du mobilier aux seuls actes d'administration, elle maintenait sur le placement des capitaux en rente viagère sa première solution; alors qu'elle supprimait le principe d'où cette faculté de placement résultait à titre de conséquence, elle gardait pour la femme séparée le droit de placer ses capitaux en rente viagère et cette

1. D. 86. 1. 294; S. 86. 1. 97.

2. S. 82. 2. 233.

3. S. 1834. 2. 280.; D. 34. 2. 153.

survivance créait une contradiction qui surprend au premier abord.

En effet, d'autres arrêts suivirent celui de 1834 et sans en reproduire les motifs qui ne correspondaient plus aux solutions nouvelles de la jurisprudence sur la liberté de disposition du mobilier, ils adoptèrent la même décision.

Un jugement du Tribunal de la Seine du 3 février 1869¹ admit « qu'une femme séparée de biens pouvait sans le concours de son mari placer ses capitaux mobiliers en rente viagère, et qu'il importait donc peu qu'elle ait fait ces placements sous son nom de fille et en déclarant être célibataire », et il motivait ainsi sa décision :

« Attendu, en droit qu'aux termes de l'art. 217 la femme mariée même non commune ou séparée de biens ne peut aliéner ses biens sans le consentement du mari; qu'aux termes de l'art. 1449 du Code, la femme judiciairement séparée de biens d'avec son mari reprend la libre administration de sa fortune et peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Attendu qu'en rendant à la femme judiciairement séparée de biens cette libre administration de sa fortune et le pouvoir de disposer de son mobilier et de l'aliéner, le législateur l'a rendue habile à faire sans l'autorisation de son mari tous les actes de gestion et d'administration; attendu que, dans le pouvoir d'administrer se trouve compris non seulement celui de toucher les fonds mais encore celui de percevoir et aussi de placer et de prêter les capitaux et valeurs mobilières. »

Le 8 mars 1893, la Cour de Paris, appelée à statuer sur cette même question² décidait à son tour « que le placement d'un capital en rente viagère constitue une aliénation d'une nature particulière qui rentre dans les actes d'administration lorsqu'il est effectué dans des *conditions satisfaisantes et qu'il répond aux besoins d'une sage administration*, et que dès lors dans de pareilles conditions, la femme séparée peut sans autorisation placer ses capitaux en rente viagère. »

1. D. 71. 3. 109.

2. D. 93. 2. 256.

Les mêmes auteurs¹ qui admettaient les placements de capitaux par acquisitions d'immeubles au comptant ont refusé à la femme le droit d'acheter des rentes viagères ou des usufruits; ils considèrent avec raison ce placement comme le plus dangereux de tous puisqu'il se fait à fonds perdus et va même à l'encontre des intérêts de la famille quand il y a des enfants issus du mariage.

Il est aisé de saisir la contradiction qui règne donc en matière de placements de capitaux dans la jurisprudence. Les auteurs ont une théorie logique en elle-même, discutable sans doute en l'état actuel des textes, mais logique. La jurisprudence, au contraire, se contredit et dans ses décisions va à l'encontre même des principes qu'elle défend d'autre part.

Il était intéressant de rapporter ici toutes ces controverses; au point de vue pratique elles n'ont d'intérêt que pour prévenir l'homme d'affaires et en ce qui concerne le notaire pour lui dicter la prudence dans l'exercice de ses fonctions. Il convient donc, pour lui, d'abord d'éviter dans la rédaction des clauses de capacité de la femme séparée de biens d'insérer tout pouvoir douteux dont le bien fondé n'est pas unanimement reconnu par le texte de la loi ou une jurisprudence bien assise; ensuite dans les affaires traitées par des femmes séparées de biens, il est sage de se prémunir de l'autorisation maritale dans tous les cas douteux. Certes les efforts de la pratique pour suivre les exigences du temps et l'évolution des mœurs sont louables; mais seul le législateur et à son défaut la jurisprudence continuant pour ainsi dire l'œuvre du prêteur à Rome, peuvent réaliser ces progrès.

En conséquence la clause de capacité de la femme séparée de biens devrait être conçue comme suit :

« La future épouse aura l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la libre jouissance de ses revenus, sauf sa contribution aux charges du ménage conformément aux articles 1449, 1536 et suivants du Code civil.

« Elle aura le droit d'aliéner son mobilier à titre onéreux dans les limites et suivant les besoins de son administration.

1. Demolombe, t. IV, n° 158.

« Elle pourra sans avoir besoin de l'autorisation de son mari et sur sa simple signature, savoir :

« Percevoir tous revenus, loyers, arrérages et dividendes et en disposer librement.

« Toucher et recevoir même avant l'exigibilité le remboursement de toutes sommes à elle dues, ainsi que tous capitaux, en donner toutes quittances et décharges, consentir avec constatation de paiement tous désistements de privilèges, hypothèque, action résolutoire et autres, ainsi que toutes mainlevées et radiations.

« Recevoir le remboursement de tous titres amortis et de toute actions et obligations sorties au tirage ainsi que tous lots et primes de remboursement, faire immatriculer à son nom toutes valeurs au porteur, se faire ouvrir à toutes Banques et Sociétés de crédit tous comptes courants de chèques et autres et y effectuer le dépôt à son nom de valeurs et titres quelconques.

« Procéder à tous actes conservatoires, requérir toute inscription d'hypothèque ou la renouveler, interrompre toutes prescriptions et accomplir toutes transcriptions, procéder à tous inventaires de successions mobilières.

« Passer, renouveler, résilier tous baux et locations d'une durée égale ou inférieure à neuf ans, avec ou sans indemnités.

« Consentir toutes ventes et toutes acquisitions nécessaires à la jouissance des biens, à la culture des terres et rentrant dans les limites de l'administration.

« Et généralement s'obliger, contracter suivant les besoins et les limites de l'administration telle qu'elle est reconnue par le Code.

« Observation étant faite que les indications ci-dessus ne seront aucunement limitatives et ne restreindront en rien tous autres droits et capacités accordés par la loi ou reconnus par la jurisprudence à la femme séparée de biens. »

Il y aurait, en pratique, un réel intérêt à s'entendre sur une formule prudente et réservée, mais sûre et incontestée comme celle-ci paraît l'être, plutôt que d'écrire des clauses dont la

validité douteuse n'inspire confiance à personne, et qui font de la capacité de la femme séparée un mythe auquel personne ne croit. En fait pour toutes opérations, même devant les notaires rédacteurs de semblables clauses, l'autorisation maritale est exigée.

On pourrait songer à tourner la difficulté en donnant à la femme dans le contrat de mariage un mandat général et irrévocable.

Il suffit de rappeler les art. 223 et 1538, qui, l'un et l'autre, en termes formels prohibent toute autorisation générale donnée par le mari à sa femme, en dehors du domaine de l'administration : « Toute autorisation générale même stipulée par contrat de mariage n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme » dit l'art. 223 parlant de la femme mariée en général.

L'art. 1538 reprend la prohibition à propos de la femme, séparée de biens et exige pour l'aliénation des immeubles le consentement spécial du mari, il ajoute : « Toute autorisation générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme soit par contrat de mariage soit depuis est nulle. »

Enoncée d'une manière expresse pour le cas particulier d'aliénation de ses immeubles par la femme séparée de biens, la portée absolue de cette prohibition est supposée par l'art. 223; nul n'a jamais mis ce point en doute.

Il est donc impossible de songer à cette clause de mandat général et irrévocable, puisqu'au contraire la première condition de la validité de l'autorisation maritale est la spécialité la seconde sa révocabilité.

Non seulement pour être valable l'autorisation maritale doit être spéciale et révocable, mais elle doit précéder ou accompagner l'acte qui la nécessite; une ratification postérieure mari seul ne couvre pas à l'égard de la femme la nullité l'acte. C'est ce que met en lumière la Cour de Douai dans arrêt du 10 décembre 1872¹ : « Attendu que d'après les art. 217 et 223, la femme séparée de biens d'avec son mari

C 1. S. 73. 2. 139.

peut aliéner ses immeubles qu'avec le consentement donné d'avance par son mari ou selon celui qu'il lui donne dans l'acte même; attendu que la possibilité de donner un consentement après l'acte, admise avant le Code par certaines coutumes avait également été proposée lors de la rédaction du Code civil; mais que cette possibilité ne fut pas maintenue dans la loi et que sans rechercher les raisons de cette suppression le texte qui la sanctionne est positif et ne peut comporter aucune objection. »

La jurisprudence se montre, en effet, fort sévère sur les conditions de validité de l'autorisation maritale. Mais une importante exception au caractère de spécialité est insérée dans le Code civil et le Code de commerce¹. Les contrats de mariage de commerçants reportés plus haut en témoignent : l'autorisation donnée à la femme par son mari de faire le commerce est une autorisation générale par dérogation à l'article 223 du Code civil et s'applique à tous les actes que la femme pourra faire pour les besoins de son commerce (art. 5, C. de Comm.; art. 220, C. civ.) Il est même reconnu que cette autorisation peut être tacite et résulter simplement du fait que la femme fait le commerce au vu et au su de son mari; il faut ajouter pour marquer tous les caractères de cette exception, que l'autorisation de justice ne saurait suppléer l'autorisation maritale qui est toujours nécessaire²; le point est cependant controversé (Planiol, T. I n° 969).

Il résulte de cette large exception que la femme commerçante ou suivant l'expression du Code « marchande publique » peut sans autorisation spéciale, non seulement faire toutes les opérations relatives à son commerce mais tous les actes juridiques nécessaires ou utiles pour l'exercice de celui-ci. Elle peut acheter, vendre, emprunter, échanger; elle peut hypothéquer et aliéner tous ses immeubles hormis ceux qui ont été consti-

1. Cf. Planiol, *op. cit.* II, n° 977.

2. Cf. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 60 à 77 pour tous détails sur la capacité de la femme commerçante; voir aussi Aubry et Rau, t. VII, § 472, texte et note, p. 251. Colin et Capitant, t. I, p. 633 et 534.

tués en dot sous le régime dotal (art. 7 du Code de Comm). La loi du 13 juillet 1907 dont nous avons rapporté plus haut les dispositions concernant les pouvoirs de la femme mariée sur les produits de son travail s'applique aux femmes marchandes publiques et lève pour elles aussi l'interdiction d'estimer en justice dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par cette loi.

Mais en dehors de son commerce, la femme mariée commerçante demeure soumise aux règles de droit commun tel qu'il est déterminé par le Code ou par son contrat de mariage : elle a besoin pour chaque acte qu'elle fait d'une autorisation spéciale ; sinon, l'acte est nul, conformément à l'art. 225 C. civil.

De même, il faut noter que cette autorisation du mari reste toujours révocable, même au cas de stipulation contraire du contrat de mariage : « En vain conviendrait-on ainsi que l'épouse sera autorisée à faire tel négoce déterminé sans qu'il soit permis au mari de révoquer cette autorisation ; il n'est pas douteux que ce droit de révocation subsisterait nonobstant la clause. En un mot, les stipulations qui peuvent être insérées au contrat de mariage n'ont aucune influence sur la solution des questions relatives à l'autorisation maritale.¹ » C'est aussi l'opinion de la Cour de cassation dans un arrêt du 4 juillet 1888.² Le mari ne peut en effet abdiquer d'une façon définitive son autorité pour l'avenir ; une telle stipulation serait contraire à l'article 1388 du Code civil.

Toutefois cette révocation ne doit pas être arbitraire ; la femme qui prétendrait que la révocation n'est pas motivée aurait le droit de recourir à la justice pour demander le maintien de l'autorisation. Ce droit est mentionné dans l'un des contrats de mariage transcrits plus haut. Il était inutile de le stipuler, car même n'admettrait-on pas l'intervention de la

1. Baudry-Lacautinier, Le Courtois et Surville, *Traité du contrat de mariage*, t. 1, n° 18.

2. S. 91. 1. 113.

justice pour autoriser la femme à faire le commerce, l'on doit admettre le recours de la femme à la justice quand le commerce ayant été entrepris, la révocation survient et paraît arbitraire.

La femme séparée de biens ne peut donc, sauf les réserves de la loi de 1907 et hormis le cas où elle exerce un commerce, voir s'étendre sa capacité au delà des limites que nous avons rappelées. Il faut reconnaître que le domaine de son activité juridique est assez étroit, et que cet embryon d'indépendance ne compense guère les désavantages du régime de séparation.

C'est ce qui a frappé certains esprits et créé le mouvement de réforme qui a donné lieu à quelques manifestations intéressantes.

APPENDICE : *Tentatives de réforme.* — Frappés des conséquences du régime et désireux de simplifier les règles concernant la capacité de la femme séparée, certains esprits ont pensé qu'il convenait de poser la question devant le Parlement.

M, Charles Beauquier, député du Doubs, déposait sur le bureau de la Chambre dans le courant de l'année 1906 une proposition de loi¹ tendant à supprimer l'incapacité légale de la femme mariée. La Commission de législation civile estima que la réforme proposée était trop vaste et qu'elle demandait pour être utilement réalisée une refonte presque complète de l'ensemble des textes concernant les régimes matrimoniaux. Par suite la réforme fut limitée à la suppression de l'incapacité légale de la femme séparée de biens. Sur rapport de M. Violette, une proposition de loi en ce sens fut adoptée par la Chambre le 5 avril 1910. Transmise au Sénat le 7 avril de la même année, la proposition attend encore la ratification de la Haute-Assemblée.

Le débat à la Chambre fut assez bref et ne donna lieu à au-

1. *Journal officiel*, Documents parlementaires, Chambre 1906, annexe 479. Exposé des motifs et proposition de loi, p. 179.

2. *Journal officiel*, Chambre des députés. Débats *in extenso*, 1910, p. 1911.

cune remarque importante; les articles adoptés modifient ainsi qu'il suit les articles du Code civil :

Texte du Code civil.

ART. 215. — La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique ou séparée de biens.

ART. 217. — La femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son autorisation par écrit.

ART. 222. — Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme soit pour ester en jugement soit pour contracter.

AR§. 1449. — La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement en reprend la libre administration.

Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner.

Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou sans être autorisée en justice à son refus.

Texte modifié.

ART. 215. — La femme ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari *à moins qu'elle* ne soit marchande publique ou *séparée de biens* ou à moins encore qu'il ne s'agisse de contestations relatives à ses paraphernaux. L'autorisation du mari cessera d'être nécessaire à dater du jour où il serait interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire.

ART. 217. — La femme ne peut acquérir à titre gratuit sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. Elle ne peut non plus sous la même condition donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre onéreux, *à moins qu'elle ne soit séparée de biens* ou qu'il ne s'agisse de ses biens paraphernaux ou à moins encore que son mari n'ait été interdit ou assisté d'un conseil judiciaire.

ART. 222. — Si le mari est absent ou interné comme aliéné, le juge peut en connaissance de cause autoriser la femme soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

ART. 1449. — La femme séparée de biens en reprend la libre administration.

ART. 1576. — La femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux.

Mais elle ne peut les aliéner ni paraître en jugement à raison des dits biens, sans l'autorisation du mari ou à son refus sans l'autorisation de justice.

ART. 1576. — La femme a l'administration et la jouissance de ses paraphernaux.

Sont abrogés le dernier paragraphe de l'article 311 du Code civil à l'article 36 de la loi du 27 mars 1907.

L'article 311 dans son dernier paragraphe envisage le cas de cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux et décide que dans ce cas la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'art. 1449. Son abrogation pure et simple laisse subsister quelque doute au sujet de la capacité de la femme après cette réconciliation.

La loi du 27 mars 1907 concernant les conseils de prud'hommes décide dans son article 36 que « le conseil en cas d'absence d'empêchement ou de refus d'autorisation du mari peut autoriser la femme mariée à se concilier, demander ou défendre devant lui. »

La première remarque que comporte l'examen de cette réforme s'applique à la portée même de la réforme. La suppression de l'incapacité légale dépasse le régime de séparation de biens pour s'étendre aux biens paraphernaux sous le régime dotal et aux cas où le mari est ou interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire, ou absent, ou aliéné et interné mais non interdit. Cette extension s'explique par l'origine même du projet de loi adopté qui, ainsi que nous l'avons déjà dit, est extraite d'une proposition à vues plus générales encore. La remarque en fut faite à la tribune de la Chambre et par suite le titre proposé par la Commission fut modifié et la « loi supprimant l'incapacité légale de la femme séparée de biens » devient la « loi ayant pour objet l'extension de la capacité légale de la femme mariée. »

Notons en second lieu, que cette réforme supprime toute

controverse sur le sens de l'art. 1449, et sur son apparente contradiction avec l'art. 217. De même disparaissent les discussions sur la capacité de placer des capitaux, de convertir des titres nominatifs en titres au porteur, etc. La femme séparée de biens a une entière capacité d'administration et de disposition; elle reste toutefois frappée de l'incapacité d'acquérir à titre gratuit : les considérations d'ordre moral ont prévalu sur ce point. Il nous semble qu'elles auraient dû également décider le législateur à maintenir pour la femme séparée l'incapacité de « donner ».

C'est ce que proposa la Société d'études législatives qui deux ans après le vote de la Chambre reprit l'étude de ce projet de réforme¹. La Commission de cette Société s'attacha uniquement à rédiger des textes reconnaissant une capacité pleine et entière à la femme séparée de biens.

Son projet consacre l'indépendance patrimoniale complète de la femme séparée, tout en laissant aux époux le droit d'organiser comme ils l'entendent la capacité ou l'incapacité totale de la femme et d'apporter à cette indépendance telles dérogations conventionnelles qu'ils jugeront convenables. Les seules restrictions portées à cette pleine indépendance patrimoniale sont l'acceptation de donations ou legs et la faculté pour la femme de donner entre vifs, exception faite pour les libéralités par elle consenties à ses enfants du premier lit.

Sous ces deux réserves, la femme peut accomplir tous autres actes juridiques : elle peut à son gré acheter à crédit, hypothéquer ses terres, ester en justice, aliéner, compromettre, s'assurer l'indépendance de vie ou se constituer des réserves d'avenir par le libre exercice d'un métier.

La Société d'Etudes législatives voyant plus loin que le législateur proposait ensuite des mesures pour prévenir les abus que la femme pourrait faire de cette liberté d'exercer ses droits:

1. *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1912, p. 104, 151, 223.

elle donnait au mari le droit de s'opposer par mesure préventive aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers à la condition de faire suivre son opposition d'une demande en retrait total ou partiel des droits conférés à la femme; l'exercice du retrait devenait ainsi la condition de l'efficacité de l'opposition. D'ailleurs quand la femme paraît présenter à nouveau les garanties nécessaires au plein exercice de sa capacité civile, il lui sera loisible d'obtenir la restitution de ses droits en suivant les mêmes formes que celles employées pour les lui retirer. En raison de toutes ces mutations possibles dans la capacité de la femme mariée, la Commission de la Société d'Etudes législatives envisageait ensuite tout un système de mesures de publicité.

Il faut louer tous les efforts entrepris pour concilier l'état de notre législation avec l'évolution des mœurs. Mais dans une Société fortement organisée, toute innovation doit être prudente : l'édifice forme un tout et qui démolit en un point, souvent ébranle en un autre. Sans doute, si l'on ne met un frein au plein exercice des droits reconnus à la femme séparée, la suprématie du mari ne sera bientôt plus qu'un souvenir; c'est la suppression tacite de l'art. 1388 qui repose cependant sur un ordre moral nécessaire. D'autre part, si l'on admet le système d'opposition du mari, c'est risquer d'introduire bien souvent un tiers dans les discussions conjugales, et bien que ce tiers soit la prudente justice, ses interventions sont-elles vraiment désirables pour l'harmonie du ménage ? Cet appel au gendarme, croquemitaine d'un nouveau genre ne me paraît pas *convenir pour décider* au milieu de divergences de vue personnelles.

Non seulement l'art. 1388 est atteint, mais l'art. 1395 qui édicte le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales est battu en brèche. Certes, ces principes n'ont que l'inviolabilité qu'on leur prête; mais ils sont à la base de notre système de régimes matrimoniaux. Comment les modifier sans que l'ensemble n'en subisse quelque contre-coup ?

Enfin le projet du législateur comme celui de la Société d'Etudes législatives, laisse dans l'ombre certains points.

La femme séparée pourra-t-elle devenir marchande publique sans le consentement de son mari, en vertu de sa seule capacité — ou pourra-t-elle recourir à la justice, en cas de refus de son mari — ou sera-t-elle tenue de justifier du consentement de son mari sans que rien ne puisse y suppléer ?

Elle aura toute capacité d'aliéner, d'hypothéquer, d'acquérir à titre onéreux ; pourquoi ne pourrait-elle être marchande publique ?

Il n'y a pas de raison pour le lui interdire.

Ensuite, il semble que si l'on reconnaît à la femme une semblable liberté d'exercice de ses droits, il faut supprimer l'art. 1450 et dispenser le mari de toute responsabilité.

En résumé, selon nous, la seule réforme nécessaire comporterait une simplification et un éclaircissement des textes actuels : supprimer les controverses en étendant les pouvoirs de la femme séparée sur les points discutés ; mais garder à la base de la capacité de la femme séparée de biens l'entière administration et la libre jouissance des revenus. Ainsi réglementée l'indépendance de la femme séparée de biens deviendrait une réalité pratique sans être un germe de dissolution de l'union conjugale qui reste la base de la famille, fondement de la Société.

CHAPITRE III

De la contribution de la femme aux charges du ménage.

Ainsi que nous venons de le voir, la femme garde la libre jouissance de ses revenus : mais une réserve s'impose toutefois à cette jouissance : elle doit contribuer aux charges du ménage.

L'union conjugale qui se traduit par la communauté d'existence et dont l'un des devoirs, la cohabitation est prescrite par le Code civil (art. 214) entraîne des dépenses communes. Il importe que chacun des époux y contribue pour une part ; sans doute, aux termes même de l'art. 214 le mari est « tenu de fournir à la femme tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état » ; mais il est juste que la femme concourt à l'entretien du ménage commun.

Sous le régime de séparation de biens, cette contribution de la femme aux charges du ménage a particulièrement attiré l'attention du législateur. En effet sous ce régime, le mari n'ayant plus aucun droit d'administration ou de jouissance la femme ne s'étant pas constitué de dot, il était essentiel de régler dans quelle mesure s'effectuait cette contribution.

« A moins de supposer, comme le disait Treilhard¹ que l'un des époux nourrira et entretiendra l'autre et en admettant qu'ils doivent contribuer aux charges communes, il existe par le fait une communauté de biens qui embrasse, du moins, les revenus; il est impossible que les époux aient une habitation à part, une existence à part ou le mariage ne serait plus une union qui confond entre les époux les habitudes de la vie. »

C'est ainsi que la Cour de Cassation de Belgique dans un arrêt du 29 février 1912² fonde sur l'obligation de la vie commune la disposition de l'art. 1537 concernant la contribution de la femme séparée de biens contractuellement.

Le Code a statué sur ce sujet dans trois textes différents.

ART. 1448. — « La femme qui a obtenu la séparation de biens doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles du mari tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs. »

ART. 1537. — « Chacun des époux contribue aux charges du ménage suivant les conventions contenues en leur contrat et s'il n'en existe point à cet égard, la femme contribue à ces charges jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. »

ART. 1575. — « Si tous les biens de la femme sont paraphernaux, et s'il n'y a pas de convention dans le contrat pour lui faire supporter une portion des charges du ménage, la femme y contribuera jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. »

Le premier de ces textes, s'applique à la séparation de biens judiciaire; son étude proprement dite dépasse donc le cadre de notre étude. Remarquons simplement que nous rencontrons ici une des deux différences qui existe entre la séparation de biens judiciaire et la séparation de biens contractuelle. L'article 1448 prescrit aux époux séparés judiciairement de contribuer

1. Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, p. 529.

2. S. 1913, IV, 7.

aux charges du ménage proportionnellement à leurs revenus. L'art. 1537 laisse l'entière liberté aux époux séparés contractuellement pour fixer leur contribution réciproque. C'est cet article 1537 qui domine tout ce chapitre. L'art. 1575 écrit à propos du régime dotal sans constitution de dot avec paraphernalité générale se confond pour ainsi dire avec l'article 1537.

Ainsi le Code, d'une part, attire l'attention des futurs époux sur cette question en leur enjoignant une participation commune aux charges du ménage; d'autre part, il leur laisse l'entière liberté de régler et de fixer entre eux cette répartition; enfin à défaut de conventions, il fixe la quotité due par la femme au tiers de ses revenus.

§ I. — DES CLAUSES POSSIBLES ET DE LEUR MODIFICATION ÉVENTUELLE AU COURS DU MARIAGE.

En pratique, trois situations vont donc se présenter; ou le contrat sera muet et la femme devra verser comme contribution le tiers de ses revenus; ou le contrat établira la proportionnalité des charges suivant les revenus de chacun des époux; ou enfin, il fixera une certaine quotité.

La fixation arbitraire de la quotité imposée à la femme par le Code a été généralement critiquée. Elle ne tient aucun compte de l'importance réciproque de la fortune des époux, à tel point qu'en supposant une femme très riche, le ménage pourra vivre sur la seule contribution de la femme ou inversement, en supposant une femme peu fortunée, la vie commune se poursuivra sans que la femme y contribue pécuniairement et sans qu'elle s'intéresse à la bonne direction de l'intérieur commun.

En cela d'ailleurs, le Code a rompu avec les règles suivies par les anciens auteurs qui admettaient le régime de proportionnalité.

Pothier¹ disait que « le juge doit régler la pension que la femme doit payer au mari avec qui elle demeure à une somme en égard à ses facultés et à sa qualité; il doit pareillement régler la somme pour laquelle elle doit contribuer aux aliments et à l'éducation des enfants communs. »

Bourjon écrivait² : « La femme est tenue de fournir à son mari une pension convenable ; devant contribuer aux charges du ménage, sa qualité, sa cohabitation l'assujettissent à cet engagement. »

Cette innovation du Code paraît d'autant plus surprenante que, en matière de séparation judiciaire l'art. 1448 a maintenu le principe de proportionnalité.

On peut cependant l'expliquer en remarquant que le Code laisse aux parties la pleine et entière liberté sur ce point toujours sous réserve de respecter les bonnes mœurs et l'ordre public; c'est donc aux époux qu'il appartient de profiter de la liberté qui leur est laissée. Mais s'ils considèrent ce point comme négligeable, le législateur a jugé qu'il convenait de faire bénéficier la femme d'un silence qui lui a peut-être été imposé ou tout au moins il a voulu indiquer que le mari, chef du ménage responsable à ce titre de sa bonne gestion était tenu pour ces divers motifs de fournir une contribution plus forte. Les rédacteurs du Code ont préféré une quotité fixée à une fixation imprécise.

En pratique cependant, c'est le principe de proportionnalité qui est le plus souvent stipulé par les contrats de mariage; la clause généralement adoptée est rédigée comme suit :

« Les futurs époux contribueront aux charges du ménage dans la proportion de leurs revenus respectifs sans être assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer à ce sujet des quittances l'un de l'autre, chacun étant réputé avoir fourni sa part jour par jour. »

Certains contrats ajoutent même « et sans qu'en aucun cas

1. Pothier, *Communauté*, n° 464.

2. Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 511, édit. de 1770.

il puisse être demandé au survivant par les héritiers du prédécédé et réciproquement par le survivant à ces derniers aucun compte, aucune justification, ni aucune restitution quelconque à ce sujet. »

Ce principe de la proportionnalité a un grave défaut, à notre sens, c'est l'imprécision même de sa délimitation; sans doute, il est aisé de fixer une proportion entre les deux fortunes et de déterminer la contribution des époux entre eux, suivant cette proportion; mais cette détermination ne fixe pas les dépenses du ménage. Ce qui se produira, en effet, c'est qu'étant donné un certain chiffre de dépenses, la femme y contribuera par exemple pour moitié; mais qui va limiter le chiffre des dépenses, sinon le mari, chef du ménage? — Il pourra ainsi puiser à volonté dans les revenus de la femme en augmentant le montant des dépenses jusqu'à nécessiter pour les acquitter l'ensemble des revenus de la femme. Au contraire, une quotité étant fixée, la femme, par exemple, verse au mari moitié de ses revenus; le mari ne pourra donc disposer que de la somme correspondant à la quotité versée.

En outre, cette imprécision qui laisse aux circonstances quotidiennes le soin de délimiter la contribution de la femme aggrave le danger du régime de séparation. Il s'opérera en fait, un mélange des revenus, ce qui entraînera peu à peu l'immixtion du mari dans la gestion des biens de sa femme et lui donnera peu à peu la jouissance entière des revenus. Et en définitive, de deux choses l'une, ou le mari touchera l'ensemble des revenus de sa femme et en dirigera l'emploi quotidien, ou la femme, désireuse de garder l'indépendance que lui reconnaît le régime adopté dans son contrat de mariage, surveillera les dépenses du ménage, tiendra des comptes, calculera l'exact montant des sommes qu'elle doit fournir au mari et de cette surveillance pourront naître de sérieuses difficultés dans l'harmonie du ménage.

De plus, comment sera-t-il possible de vérifier l'exactitude des dépenses faites par le mari, qui par ruse, pourra arriver à faire vivre le ménage sur les seules ressources procurées par les revenus de la femme.

Il faut toutefois reconnaître certains avantages à cette clause de proportionnalité pratiquement très répandue. La première c'est celui de se plier aux circonstances diverses que peuvent traverser les fortunes des deux époux : ces fortunes peuvent varier sensiblement au cours du mariage surtout à l'époque présente où les fortunes mobilières sont sujettes à de si brusques fluctuations. C'est une clause essentiellement « opportuniste », qui par sa souplesse d'application pratique dispensera de l'intervention des tribunaux.

En second lieu, elle établit en faveur de la femme une présomption de paiement ; chaque époux est présumé avoir contribué pour sa part aux charges du ménage ; si donc quelque contestation s'élève entre eux, c'est à l'époux qui conteste de fournir des preuves du bien fondé de ses déclarations. Mais cette présomption est surtout avantageuse pour la femme : celle-ci doit verser entre les mains du mari sa part contributoire si le mari veut en exiger le versement, il devra d'abord établir par suite de la présomption établie par la clause, que la femme n'a pas satisfait à ses engagements : « Chaque époux est réputé avoir fourni sa part jour par jour sans être assujéti à aucun compte entre eux, ni à retirer à ce sujet des quittances l'un de l'autre. »

Il faut ajouter que la clause de Société d'acquêts qui sera étudiée sous le chapitre IV porte un précieux correctif à la clause de contribution proportionnelle aux charges du ménage. « A l'égard de l'excédent des revenus et produits d'industrie, de tous autres gains et bénéfices qui pourront être faits pendant le mariage et de tous biens acquis par les époux au nom l'un de l'autre ou en commun autrement que pour le emploi de leurs biens aliénés ou recouvrés, il est expressément convenu qu'ils appartiendront aux époux ou à leurs héritiers et représentants les futurs époux constituant à cet effet par les présentes une Société entre eux qui comprendra tous ces excédents, bénéfices, économies et acquêts et sera partageable par moitié, à sa dissolution, après l'acquit des dettes et charges et le prélèvement des biens propres aux époux ainsi que

des reprises en deniers s'il y a lieu, sauf faculté réservée à la femme et à ses représentants de renoncer à cette Société. »

Ainsi disparaît le danger de voir les revenus de la femme dissipés par le mari sans qu'il y ait même intérêt pour lui à les ménager; du fait de cette clause, naît pour les deux époux un intérêt commun à la bonne gestion de leurs revenus. Il semble qu'ainsi corrigée et comprise la clause de proportionnalité soit la clause la plus avantageuse en matière de séparation de biens contractuelle et la plus propre à améliorer l'un des côtés les plus discutés de ce régime.

En dehors de la quotité fixée par la loi et de la clause de proportionnalité les époux gardant leur liberté, peuvent stipuler telle convention qu'il leur conviendra.

Ainsi les époux pourront stipuler que la femme contribuera aux charges du ménage pour les deux tiers ou la moitié de ses revenus propres; ou au contraire qu'elle n'y contribuera que pour $\frac{1}{5}$ ou $\frac{1}{4}$. Souvent aussi la femme se sera engagée à fournir spécialement les fruits, les loyers de tel immeuble ou bien encore elle aura fait une délégation d'intérêts à percevoir périodiquement en vertu de tel titre. Toute convention de ce genre est permise aux époux sous la seule réserve qu'elle ne porte pas atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Une question s'est posée à ce sujet : peut-on valablement stipuler que la femme serait dispensée de toute contribution ? L'article 1537 pose le principe de la contribution de la femme aux charges du ménage, et on serait tenté de supposer que cette contribution doit toujours exister.

Un arrêt de la Cour de Metz de 1858¹ a reconnu cependant la validité d'une telle stipulation déclarant que « cette clause qui s'explique par la position respective des futurs époux n'a rien de contraire à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs » que l'art. 1537 ne fixe la quotité pour laquelle la femme doit contribuer aux charges du ménage que pour le cas où le contrat

1. D. 1859. 2. 130; S. 1859. 2. 49.

n'établit pas une règle autre, « que cette proportion peut être abaissée au-dessous du tiers des revenus et peut même être réduite à rien si les contractants jugent que cette stipulation est celle qui protège le mieux leurs intérêts réciproques. »

Cette décision de la Cour de Metz se justifie fort bien dans la mesure où elle ne déroge pas aux bonnes mœurs et à l'ordre public, par exemple dans le cas où la femme capitalise ses revenus tandis que le mari de son côté bénéficiant d'une situation brillante et prospère fait des économies et augmente sa fortune personnelle.

Mais si le mari ne pouvait continuer à entretenir le ménage avec ses seules ressources, la femme ne pourrait plus exiger l'application rigoureuse de cette clause sans se soustraire aux obligations qui lui sont imposées par les articles 203 et seq. du Code civil dont le principe est d'ordre public et ne saurait être violé. Et dès ce moment la clause du contrat de mariage devient caduque et inexistante. « Dès le jour où elle est stipulée, elle n'existe que sous la condition résolutoire tacite de la solvabilité du mari. ¹ »

Que penser de la clause inverse stipulant que toute la charge du ménage incombera à la femme et que le mari en sera totalement exonéré ? Il n'est pas de raison pour ne pas la considérer comme tout aussi licite que la clause précédente. Merlin nous cite d'ailleurs l'exemple d'un contrat de mariage contenant adoption du régime de séparation de biens et stipulant notamment : « que la femme serait tenue de loger son mari chez elle et de le nourrir à sa table tant à Paris qu'à sa maison de campagne et non ailleurs avec deux domestiques et deux chevaux de carrosse, le tout tant qu'il demeurerait avec elle et sans qu'il pût prétendre, en cas d'absence aucun remboursement ni indemnité pour le remboursement de sa personne de ses domestiques et de ses chevaux ² ». En limitant l'effet à la solva-

1. Benoist, *L'action commune des époux sous le régime de séparation de biens contractuelle*, Thèse, Paris, 1909, vol. 58.

2. Merlin, *Repertoire*, voir séparation de biens, sect. I, § 10.

bilité constante de la femme il n'y a pas de raison pour ne pas valider une telle clause et pour ne pas valider de même la clause fixant à une somme invariable la contribution de la femme¹ et cette autre assez commune mettant la dépense à la charge des époux par deux portions égales. C'est ainsi que la Cour de Paris dans un arrêt du 20 mars 1850¹ déclare que la femme séparée de biens, qui en vertu des conventions faites avec son mari, lui a payé annuellement une certaine somme pour sa part contributoire aux dépenses du ménage et à l'éducation des enfants, n'en reste pas moins tenue aux cas d'insolvabilité du mari au paiement des dettes contractées par celui-ci pour l'éducation des enfants.

Le principe de liberté des conventions reçoit donc en cette matière une entière application, et la convention contenue dans le contrat fait loi entre les parties. En est-il de même du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, en d'autres termes, les parties peuvent-elles au cours du mariage modifier de leur plein gré et par leur seule volonté la part contributoire de chacun des époux ?

En pratique, évidemment les époux restent libres d'employer leurs revenus comme ils l'entendent et la femme jouissant librement de ses revenus peut tout aussi bien les dépenser à acquitter les frais du ménage que les affecter à toute autre destination.

Au cas de clause fixant la part contributoire de chaque époux proportionnellement à ses ressources personnelles, il ne peut surgir de difficulté et le grand avantage pratique de cette clause est de s'adapter à toutes les fluctuations de la fortune des deux époux. Mais au cas de clause fixant une quotité, ou au cas de silence du contrat (contribution du 1/3 des revenus de la femme), des difficultés peuvent surgir; le mari peut ne plus pouvoir suffire aux charges du ménage; qui va les régler ? C'est aux tribunaux qu'il appartiendra de fixer *ex-æquo et*

1. Paris, 1850, 20 mars, S. 1850. 2. 387.

bono la part de la femme¹. Cette opinion est unanimement admise par les auteurs. Un arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 1851 motive parfaitement la décision. Il s'agissait d'une femme mariée sous le régime dotal, avec des biens paraphernaux. La dot ne suffisant pas à acquitter les dépenses du ménage, la femme avait été condamnée par la Cour d'appel de Caen à verser une somme annuelle de 1000 francs à son mari » laquelle somme sera prise sur les paraphernaux, disait l'arrêt de la Cour de Caen, et versée aux mains du mari indépendamment des revenus de la dot. »

Voici les motifs de la Cour de Caen :

« Considérant que la première obligation imposée aux époux est de se prêter une assistance mutuelle et de contribuer autant qu'il est en eux aux nécessités du ménage, que *cette obligation est tellement expresse que le fonds dotal lui-même doit périr* lorsqu'il n'y a pas d'autres moyens d'y satisfaire;

« Considérant que s'il est permis à la femme de se réserver sous le titre de paraphernaux tout ou partie de ses revenus, ce ne peut être quedans le cas où les biens personnels du mari, joints à ceux de la dot suffisent pour faire face aux frais du ménage, et non dans celui où cette réserve mettrait dans l'impossibilité d'y subvenir; que, dans cette dernière hypothèse c'est bien moins à l'article 1575 Code civil, qu'il faut recourir qu'aux articles 203 et 212 puisque autrement il faudrait admettre que la femme pourrait vivre dans l'abondance alors que son mari ou ses enfants seraient dans le plus complet dénûment; qu'il est évident dans l'espèce que les revenus du mari, déduction faite des charges, sont nuls ou presque nuls; que ceux de la dot ne s'élèvent qu'à 1030 francs brut; que ce n'est pas avec une si faible ressource que l'on peut tenir la maison des époux Donne, accoutumés à une certaine aisance et que ce n'est pas trop exiger de la femme Donne que de la faire contribuer

1. Marcadé, Code civil, art. 1536 et 1537, n° 2. Aubert et Rau, *Droit civil français*, 5^e édition, VIII, § 532.

Guillouard, *Contrat de mariage*, III, 1681.

eu égard à l'état actuel de ses revenus, à même ses 3000 francs paraphernaux pour une somme annuelle de 1000 francs.

« Considérant que le mari conservant l'administration c'est à lui que cette somme doit être versée. »

La Cour de cassation appelée à statuer sur le pouvoir formé contre l'arrêt de Caen l'a confirmé en décidant notamment « que cette part contributive peut être fixée par les magistrats *ex æquo et bono* conformément aux principes posés par les articles 203 et 212 du Code civil et qu'en le décidant ainsi la Cour d'appel de Caen n'a pas violé l'article 1575 du Code civil. »

La jurisprudence reflète en cela très exactement l'opinion de la doctrine et les motifs donnés par la cour de Caen correspondent parfaitement à l'argumentation des auteurs.

Un arrêt de la cour de Poitiers du 13 mai 1856¹ décide par contre « que la femme séparée de biens ne peut-être tenue de payer au défaut du mari les dépenses faites par celui-ci hors du domicile commun lorsqu'elle pourvoit dans ce domicile commun à tous les frais d'entretien du ménage et que le mari l'a quittée volontairement, quand même ce serait pour aller exercer momentanément son industrie dans le lieu où les dépenses ont été faites ». Mais un arrêt de la Cour de Douai du 2 juin 1852² décide que si la femme refusait de vivre en commun avec son mari sur ses ressources personnelles, elle serait obligée, dans le cas où il ne pourrait subvenir seul à ses besoins d'y pourvoir elle-même en quelque lieu qu'elle habitât.

Ainsi les tribunaux peuvent, modifiant les conventions matrimoniales rétablir l'équilibre entre le budget des deux époux par une fixation équitable de la contribution de chacun d'eux aux charges du ménage.

1. S. 57. 2. 216.

2. S. 53. 2. 215.

§ 2. — A QUI DOIT ETRE REMISE LA CONTRIBUTION
DE LA FEMME.

L'on a remarqué l'un des « considérant » de l'arrêt de la Cour de Caen confirmé par la Cour de Cassation : « Considérant que le mari conservant l'administration *c'est à lui que celle somme doit être versée.* »

Ceci pose la question de savoir qui, en effet, du mari ou de la femme aura le dépôt de la gestion de la contribution de la femme aux charges du ménage. Il est absolument nécessaire en effet, que l'un des deux époux ait mission de recevoir cette somme et d'en disposer. Mais le Code civil restant muet sur ce point, il faut se contenter de conjectures. Il est vrai qu'elles sont assez fortes pour enlever toute hésitation.

Le Code a suffisamment affirmé la prédominance du mari, chef de ménage pour qu'il n'y ait pas d'hésitation à le reconnaître comme hautement investi par le Code de cette mission de trésorier du ménage, (art. 213, art. 1388).

Les articles 213 et 214 affirment la dépendance de la femme sous la protection et l'autorité du mari, et l'article 1388 défend aux époux de déroger dans leur contrat du mariage « aux droits qui appartiennent au mari comme chef ». Donner à la femme le soin de recevoir la contribution du mari et de régler l'économie du ménage serait sans nul doute porter atteinte aux prescriptions de l'article 1388. Aussi l'opinion contraire est unanimement admise et l'ancien droit¹ la consacrait déjà.

La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens ainsi qu'en témoigne le « considérant » cité plus haut.

Un arrêt de la Cour de Riom du 16 février 1853² déclare que la séparation de biens ne dispense pas la femme de remplir les

1. Pothier, Communauté, n° 464. Bourjon *Droit commun de la France*, édit. de 1770, t. I, p. 511.

2. D. 1854. 5. 685. Cf. Nancy, 28 janvier 1841. Dall. Alph. voir contrat de mariage, n° 1950.

obligations légales qu'elle a contractées par le fait même de son mariage. La part contributive aux charges du ménage doit être réunie aux revenus du mari pour par lui pourvoir comme chef de l'association conjugale aux besoins communs et fournir comme il le doit à la femme tout ce qui lui est nécessaire suivant son état et ses facultés. Et l'arrêt ajoute que « permettre à la femme de payer elle-même une partie de ses dépenses, ce serait non seulement détruire l'ensemble de la direction, appeler des luttes continuelles entre le mari et la femme, mais encore renverser l'ordre établi par la loi et transporter sur la tête de la femme, l'autorité maritale fondement de la société conjugale, autorité qui nonobstant la séparation de biens réside intacte entre les mains du mari. »

Cette solution parfaitement rationnelle ne soulève pas d'objections; on pourrait toutefois prétendre que c'est rendre au mari une partie de l'administration de biens de la femme... Raisonner ainsi serait confondre administration et règlement des charges du ménage. Or, la somme versée par la femme à titre de contribution arrive entre les mains du mari avec une affectation spéciale que l'on ne peut comparer à la liberté d'emploi que donne le droit d'administration.

Mais il faut envisager le cas où le mari dépositaire des revenus que lui verse sa femme à titre de contribution disposerait de ces revenus pour des dépenses tout autres que celles auxquelles elles sont normalement affectées.

Deux théories sont en présence ici : l'une qui a pour principal partisan Laurent¹ défend en tout état de cause la prérogative du mari chef de famille : c'est en vertu des conventions expresses ou tacites que la femme doit remettre au mari le montant de sa part dans les dépenses du ménage; nulle autorité ne peut rompre ces conventions et les parties elles-mêmes ne peuvent au cours du mariage (art. 1395) apporter aucune modification à leurs conventions matrimoniales. Il est possi-

1. XXIII, 451. Dans le même sens. Hue, t. IX, n° 276. Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, n° 2631. Nancy, 28 janvier 1841.

ble sans nul doute, de modifier le montant de la contribution elle-même en vertu de l'obligation alimentaire qui pèse sur chacun des époux mais non d'en modifier le mode de paiement, ou les autres modalités.

La seconde théorie¹ qui s'appuie d'ailleurs sur une jurisprudence constante mais quelquefois prétorienne donne à la femme protection contre le mari, lorsque celui-ci détourne les revenus de leur destination, en l'autorisant non à régler souverainement l'emploi de ses revenus, ce qui annulerait le pouvoir marital, mais à indemniser directement les tiers de ce qui leur est dû au lieu de verser sa part entre les mains du mari.

Cette seconde théorie seule arrive à des résultats équitables, elle évite à la femme la regrettable situation où la conduirait fatalement la première théorie : elle lui évite en effet de se trouver dans un état de gêne elle et ses enfants, alors que le mari usant de ses prérogatives de chef de famille détournerait pour ses besoins personnels les revenus destinés à l'éducation des enfants et à l'entretien du ménage.

Certains auteurs, tel M. Guillouard, ont tenté de justifier théoriquement cette doctrine en se basant sur l'art. 1537 qui se borne à obliger la femme à contribuer aux charges du ménage sans fixer de modalités. Or, payer directement les fournisseurs est un mode de contribution qui n'est en rien contraire aux termes de l'art. 1537.

Il semble que les considérations d'équité et d'humanité suffisent à justifier cette doctrine sans chercher péniblement à lui donner une justification technique.

Ce sont les tribunaux qui peuvent ôter au mari le droit d'exiger le versement entre ses mains la contribution due par sa femme. Il ne suffirait point que celle-ci ait eu depuis un long temps le soin de régler les dépenses ménagères pour qu'elle ait

1. Troplong, *Contrat de mariage*, II, n° 1435. Marcadé, *C. civ.*, art. 1539. Guillouard, *Contrat de mariage*, III, n° 1682. Aubry et Rau, t. V III, § 516, note 65. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, III, n° 2185. Cassation, 6 mai 1835, S 1835. 1. 415. Caen, 8 avril 1851, D. 1852, 2. 127.

acquis le droit de payer directement les fournisseurs. Cette décision judiciaire d'ailleurs n'a qu'un effet temporaire et peut être rapportée dès que le mari peut trouver que les causes qui l'avaient fait motiver n'existent plus.

§ 3.— Une dernière question se pose : QUÉLS SONT LES MODES ET LES MOYENS DE RECOUVREMENT que la loi met entre les mains du mari pour exiger de la femme le paiement de la contribution :

De l'article 1573 résulte pour le mari un véritable droit de créance, et l'on peut parfaitement envisager dans le contrat de mariage la rédaction de clauses stipulant des sûretés --- réelles ou personnelles garantissant le versement de la contribution : soit des hypothèques sur les immeubles de la femme, soit une caution, soit encore une mise en gage de certaine quantité de valeurs de Bourse. Ces clauses seraient parfaitement valables et ne contreviendraient en aucune façon à l'art. 1387; elles sont cependant rares pour ne pas dire inexistantes en pratique.

Mais au cours du mariage le mari pourrait-il se faire accorder de semblables sûretés au cas, bien entendu, où la femme chercherait à élucider l'obligation où elle est de payer sa contribution. En effet tant que la femme s'acquittera normalement de cette obligation le mari ne pourra pas sous prétexte de craintes plus ou moins justifiées recourir à de semblables mesures.

Il est difficile d'admettre pour le mari semblable droit même au cas où la femme ne s'acquitterait pas régulièrement de sa contribution. Aucun texte du Code n'oblige la femme à fournir de sûretés, elle peut y consentir; elle ne peut y être obligée. Au demeurant son obligation est une obligation alimentaire et le débiteur d'aliments n'est pas tenu de fournir de sûretés.

La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens. Un arrêté du 17 février 1842¹ de la Cour de Poitiers décide notamment :

1. S. 1842. 2. 472.

« Attendu que la loi ne dit pas qu'elle offrira d'autres garanties de cette contribution aux charges du ménage, que son obligation personnelle, sa bonne foi, et les biens même dont la loi lui laisse la libre disposition. »

De même il serait pour le mari inadmissible de prétendre prendre en mains pour assurer le versement de la contribution de sa femme, l'administration d'une partie quelconque des biens de celle-ci. Tous les auteurs¹ se prononcent en ce sens et la jurisprudence a statué à deux reprises² dans le même sens. Une première fois la Cour de Riom a décidé dans un arrêt du 5 février 1821 qu'une femme qui avait obtenu la séparation de biens pouvait recevoir sa dot mobilière, sans être tenue de faire emploi ou de donner caution, et que la caution ne pouvait être exigée par le mari pour garantir de l'obligation imposée à la femme de contribuer aux charges du ménage.

Et la Cour de Bordeaux dix ans plus tard en 1831 décidait dans le même sens que « le mari qui par suite de séparations de corps et de biens ou de biens seulement se trouve chargé de l'entretien et de l'éducation des enfants nés du mariage, n'a pas le droit de retenir et de conserver l'administration d'une partie des biens de sa femme pour faire face à une partie de cette dépense. Il ne peut que faire fixer d'avance par les tribunaux la somme pour laquelle la femme sera tenue d'y contribuer.

Ce serait en effet violer l'acte 1536 qui donne à la femme séparée de biens contractuellement « l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la jouissance libre de ses revenus. »

D'ailleurs, la femme ne pourrait même pas abandonner au mari pendant toute la durée du mariage l'administration ou la jouissance d'une partie de ses biens. Il y aurait là modifi-

1. En ce sens Zachariae, IV, § 516, texte et note, 62-63. Troplong, II, 1438. Laurent, XXII, 283. Guillouard, III, 1226.

2. Bordeaux, 27 avril 1831; S. 1831. 2. 208. Riom, 5 février, 1821 S. 1823. 2. 23.

cation du régime, ou vente d'usufruit illicite entre époux, ou encore donation non revêtue des formes légales¹.

C'est ce que décide en termes formels un arrêt de la Cour de Bordeaux, qui déclare « que l'abandon fait à son mari par une femme séparée de biens judiciairement, à titre de contribution aux charges du ménage, de l'administration et de la jouissance de ses propres, pendant toute la durée du mariage est nul, comme constituant un rétablissement irrégulier du régime détruit par la séparation de biens. (Code civil 1451) ou encore comme vente illicite entre époux, ou comme donation non revêtue de la forme légale. »

Doctrine et jurisprudence se montrent gardiennes jalouses de l'indépendance et de la capacité de la femme; mais elles admettent néanmoins une limite et cela dès le moment où il pourrait y avoir danger réel pour la bonne conduite du ménage et l'entretien des enfants. Dès lors en effet que la femme se montre mauvaise administratrice, dissipe ses revenus, et ne peut plus faire face à ses obligations « le mari trouve alors le droit de demander des garanties dans sa qualité de créancier éventuel, dit Guillouard², et dans les principes qui permettent à tout créancier à terme ou conditionnel de prendre les mesures nécessaires à la conservation de ses droits. »

Ces sûretés accordées par les tribunaux sont de toutes sortes « elles pourront consister³ soit dans le placement en obligations hypothécaires ou en rentes sur l'Etat d'un capital suffisant pour assurer le paiement de la pension, soit dans une dation d'hypothèque sur des immeubles francs et libres, soit dans un cautionnement. Ils pourraient encore ordonner le versement de somme suffisante chaque année à la caisse des dépôts et consignations ou bien tout simplement autoriser le mari à toucher directement une partie des revenus de la femme sans

1. Bordeaux, 25 mars 1848, D. 1848. 2. 192.

2. Guillouard, *Contrat de mariage*, III, 1226.

3. Benoist., *op. cit.*, p. 31.

cependant lui permettre de s'immiscer dans l'administration des propres de celle-ci. »

Un arrêt de la Cour de Douai du 24 juillet 1865¹ admet dans ses motifs que le mari pourrait en sa qualité de créancier de la femme demander la nullité d'un bail consenti par celle-ci pour cause de vileté de loyer, et ajoute que « si les actes d'administration consentis par la femme ont pour but et pour effet de soustraire cette dernière à son obligation, le mari peut user de la facilité accordée par l'article 267 à tout créancier d'attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de ses droits; que ce droit du créancier ne peut être utilement exercé qu'à la condition d'établir le préjudice éprouvé et l'intention de nuire de la part du débiteur et du tiers avec lequel il a contracté. » Cet arrêt semble admettre dans certains cas évidemment limités de fraude concertée entre la femme et le tiers un droit de contrôle du mari sur l'administration des biens de sa femme.

Telle est la solution donnée par la jurisprudence à cette question des garanties données au mari pour assurer le versement de la contribution de la femme aux charges du ménage. Ce droit extra-légal et quelque peu prétorien est confié aux tribunaux qui doivent l'administrer, avec circonspection en le limitant aux cas où ces précautions paraîtraient nécessaire à l'avenir de la famille et des enfants : ce sont les termes mêmes employés par la Cour d'Agen dans un arrêt du 7 mars 1870². « Attendu que l'art. 1448 du Code Napoléon, qui prescrit à la femme séparée de contribuer aux frais d'éducation et d'entretien des enfants, ne l'assujettit à fournir aucune garantie pour assurer l'accomplissement de cette obligation, qu'en admettant même que les Tribunaux aient le droit de suppléer au silence de la loi, les mesures exceptionnelles qu'ils pourraient prescrire à ce sujet devraient être restreintes au cas où ces précautions paraîtraient nécessaires pour assurer l'avenir des enfants. »

1. D. 1866. 2. 29.

2. Agen, 1870, 7 mars. D. 1870. 2. 130.

Le mari peut donc poursuivre judiciairement le paiement de la contribution due par la femme ; mais au cas où ces poursuites seraient injustifiées, il s'agit de savoir à qui incombera le fardeau de la preuve.

Le Code civil, est resté muet sur ce point, et il faudrait conclure que la femme soumise au droit commun est obligée de fournir pour constater sa libération un commencement de preuve par écrit dès que la somme en question dépasse 150 fr.

La jurisprudence se basant encore ici sur des considérations de justice et d'équité ne veut point contraindre les époux à tenir des comptes rigoureux et obliger la femme à demander quittance, à son mari de toutes les sommes qu'elle lui verse. En conséquence les tribunaux admettent la preuve par tous les moyens et même par simples présomptions. C'est d'ailleurs la solution admise par un arrêt de la Cour de Paris du 2 Messidor an XI¹.

Nous avons vu que les contrats de mariage par une clause ci-dessus rapportée déplaçaient le fardeau de la preuve en établissant une présomption en faveur de la femme. « Chaque époux, est-il dit, est réputé avoir fourni sa part jour par jour sans être assujetti à aucun compte entre eux, ni à retirer à ce sujet des quittances l'un de l'autre. » En conséquence, il appartient au mari de prouver que la femme n'a pas versé sa contribution : elle est présumée l'avoir fournie. Cette présomption n'est pas une présomption *de juris et de jure* ; mais elle obligera celui qui en veut contester l'exactitude, c'est-à-dire le mari à établir le bien fondé de ses contestations.

Il importe de noter que durant les cinquantes dernières années, il n'est intervenu sur cette question de la contribution de la femme aux charges du ménage aucune décision de jurisprudence, ce qui porte à croire non que les discussions entre époux à ce sujet ont totalement disparu, mais que les solutions données précédemment ont été considérées comme définitives et ont revêtu force de loi aux yeux des parties amenées à les consulter.

1. Dalloz, *Alphab.*, v. Contrat de mariage, n° 3140.

APPENDICE. — *Gains et salaires de la femme. Loi de 1907.*¹

Il convient sur ce sujet d'ouvrir une parenthèse. En effet, à côté des revenus perçus normalement par la femme comme provenant de ses biens, immeubles ou valeurs mobilières, toute une source de revenus est, du fait de la loi de 1907, mise sous un régime spécial, et il faut étudier dans quelle mesure les gains et salaires de la femme régis par cette loi de 1907 sont soumis à l'art. 1537 du Code civil. Cette question a été soulevée par M. Massigli et reprise et discutée par M. Martin².

Il ne paraît pas douteux que la femme reste libre d'affecter par contrat de mariage soit en partie, soit totalement, ses gains personnels aux dépenses du ménage. Sans doute, en vertu de l'art. 1^{er} de la loi en question, les pouvoirs de la femme sur ses biens réservés ne peuvent être ni supprimés, ni modifiés « à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage » et à ce point de vue la loi du 13 juillet 1907 restreint la liberté des conventions matrimoniales au même titre que les art. 1387 à 1389. Mais il ne faut pas confondre « pouvoirs » et « affectation », or l'affectation que ferait la femme de tout ou partie de ses biens réservés n'est qu'une manifestation des pouvoirs que lui a donnés la loi sur ces biens et il nous paraît évident que la femme peut les affecter aux dépenses du ménage sous le régime de la séparation de biens.

C'est ce que décide la loi dans ses articles 2, 3 et 7 et c'est d'ailleurs ce que stipulent certains contrats de mariage : ainsi nous lisons dans un contrat entre deux commerçants que « les revenus, biens et valeurs de l'un et de l'autre des époux et le *produit de leur industrie commune et séparée* seront appliqués jusqu'à due concurrence aux charges du ménage »

1. Cf. sur cette question, Jean Sourdis, *Revue trimestrielle de droit civil*, année 1907, p. 578 et note Lalou, D. 1909. 2. 17, Adolphe Pichon, *Revue critique de législation de et jurisprudence*, année 1908, p. 17.

2. Aubry et Rau, 5^e édit, t. VIII, § 532, note 4^{ter}.

ou encore que « les revenus des biens ainsi soumis à la séparation des biens et le produit de ses travaux et industrie bien que touchés par la future épouse seule, appartiendront néanmoins à la Société d'acquêts, sans qu'il soit nécessaire pour la future épouse d'en retirer quittance du futur époux. »

Ce faisant la femme exerce la libre jouissance de ses revenus et il n'y a pas de raison pour contester la validité de semblable clause.

Mais en cas de silence du contrat de mariage deux interprétations sont possibles : l'art. 1537 texte interprétatif de la volonté des parties peut être étendu aux gains personnels de la femme et l'on peut considérer que la femme en ne déterminant pas, dans le contrat de mariage, l'étendue de sa participation aux dépenses du ménage a entendu les supporter à concurrence du tiers de la totalité de ses revenus, y compris ses gains personnels, comme elle aurait pu le faire en termes exprès par une clause formelle de son contrat.

On peut également considérer que, en présence du silence du contrat de mariage, la femme n'est tenue de participer aux dépenses du ménage que pour le tiers de ses revenus autres que ses gains personnels, ceux-ci restant sa propriété personnelle et à son entière et libre disposition.

Suivant la théorie professée par M. Bartin, c'est cette seconde interprétation, qui paraît le mieux s'harmoniser avec les textes et avec l'économie de la réforme réalisée par cette loi de 1907.

En effet, il est difficile, d'abord, d'appliquer l'art. 1537 pour interpréter un texte complètement indépendant de cet article et qui, dans sa rédaction ne se réfère en rien à lui. Tandis que l'art. 1^{er} de la loi de 1907 parlant des pouvoirs d'administration de la femme mariée sur ses biens réservés se réfère à l'art. 1449, l'art. 7 de la même loi parlant de la contribution des époux aux charges du ménage sur ces mêmes biens réservés ne se réfère nullement à l'art. 1537 et dit : « Faute par l'un des époux de subvenir spontanément *dans la mesure de ses facultés* aux charges du ménage » ; il n'est question d'aucune

contribution forfaitaire stipulée ou sous-entendue, mais seulement de la contribution spontanée et suivant les facultés des époux. Il faut même ajouter que contrairement à l'art. 1537, l'art. 7 de la loi de 1907 met les deux époux sur le même pied d'égalité et l'on ne comprendrait guère que l'art. 1537 vint s'appliquer ici pour la femme; alors qu'il est question de l'un et l'autre des époux.

Dans sa note M. Bartin, présente un autre argument : il rapproche régime de séparation et régime exclusif de communauté, puis il ajoute : « Sous le régime d'exclusion de communauté nous avons admis que les dépenses du ménage restent, en principe étrangères aux gains personnels de la femme pour peser exclusivement sur le mari à raison de l'usufruit que ce régime lui confère sur tous les biens de la femme à l'exception toutefois des biens réservés. Sous le régime de séparation de biens, l'usufruit du mari est représenté par la participation conventionnelle de la femme aux dépenses du ménage. Dès lors cette participation doit s'entendre, quant à la détermination des biens, sur lesquels s'établit la proportion que la femme a entendu lui donner comme s'entendrait l'usufruit qu'elle lui confère sous le régime d'exclusion de communauté. Il paraît difficile d'appliquer deux procédés différents d'interprétation à deux régimes de séparation d'intérêts entre lesquels il n'y a de différence que le procédé même de séparation d'intérêts. »

Cet argument par analogie était intéressant à rapporter, il appuie et corrobore l'argument de texte que nous donnons en premier lieu.

D'autre part, le législateur de 1907 a nettement manifesté son intention de placer ces biens réservés sous un régime spécial au point de vue de la contribution des charges du ménage en mettant mari et femme sur le pied d'égalité et en rétablissant au profit de l'un comme de l'autre une procédure rapide et peu coûteuse pour assurer la contribution effective de l'un et de l'autre aux charges du ménage. Ainsi le mari pourra au lieu de recourir aux tribunaux pour se faire donner des sûretés garantissant le versement par la femme de la contribution due

par elle, saisir ces salaires sur simple ordonnance du juge de paix et les employer à l'acquit des charges du ménage. De même la femme pourra par les mêmes moyens toucher le salaire du mari pour l'employer à l'acquit des mêmes charges. (art. 8 et 9.)

Il nous paraît que ce domaine des biens réservés sous cet aspect de contributions aux charges du ménage correspond à une série de règles spéciales qui le soustraient à l'application des textes du Code, notamment de l'art. 1537.

CHAPITRE IV

De la clause de société d'acquêts

§ 1. — LA CLAUSE, SA RÉDACTION, SA FRÉQUENCE, SON UTILITÉ. — En suite de la clause de contribution aux charges du ménage proprement dite et telle qu'elle a été rapportée et étudiée au chapitre précédent, est souvent stipulée la clause accessoire suivante :

« A l'égard de l'excédent de ces revenus et produits d'industrie, de tous autres gains et bénéfices qui pourront être faits pendant le mariage et de tous biens acquis par les époux au nom de l'un ou de l'autre ou en commun ou autrement que pour le emploi de leurs biens aliénés ou recouvrés, il est expressément convenu qu'ils appartiendront par moitié à chacun des époux ou à leurs héritiers ou représentants, les futurs époux constituant à cet effet par les présentes une société entre eux qui comprendra tous ces excédents, bénéfices, économies et acquêts et sera partageable par moitié à la dissolution du mariage après l'acquit des dettes et charges et le prélèvement des biens propres aux époux ainsi que des reprises en deniers s'il y a lieu, sauf la faculté réservée à la femme et à ses représentants de renoncer à cette société. »

Restant soumis quant à leurs patrimoines à la séparation de biens, les futurs époux forment une masse commune avec l'excédent de leurs revenus, et soumettent cette masse commune au régime de la communauté réduite aux acquêts. C'est ce qu'ils stipulent en termes parfois plus nets et plus formels sous la forme suivante :

« Malgré le régime de séparation de biens ci-dessus adopté par la future épouse, il y aura entre ceux-ci une société d'acquêts conformément aux articles 1498 et 1499 du Code civil.

» Cette société ne se composera que des bénéfices et économies que les futurs époux feront pendant le mariage et des revenus de leurs biens propres.

» La société comprendra en outre les meubles meublants, objets mobiliers, linge et argenterie ainsi que les deniers comptants et tout ce qui aura été acquis pendant le mariage au nom de l'un ou de l'autre des futurs époux ou en commun. »

Tandis que la première clause rapportée institue une société d'acquêts comprenant dans sa masse commune l'excédent des revenus et fait par suite de cette clause une conséquence de la contribution proportionnelle aux charges du ménage, la seconde clause étend l'actif de cette société aux meubles meublants, objets mobiliers, linge et « argenterie, deniers comptants ». Cette stipulation correspond surtout à une nécessité pratique : la confusion du mobilier personnel à chacun des époux se produisant fatalement, une considération de juste équité a conduit les futurs époux à constater et à solutionner dès avant leur entrée en ménage cette confusion inévitable. Mais dans leur ensemble elles sont identiques et introduisent un heureux correctif à l'esprit quelque peu égoïste de la séparation de biens.

Parfois cette clause donne lieu à des « conventions de mariage » qui rappellent le régime de communauté.

Ainsi : « En cas de décès de l'un des époux, le survivant qu'il y ait ou non des enfants du mariage, sera propriétaire de moitié des bénéfices de la société d'acquêts qui vient d'être stipulée et usufruitier de l'autre moitié dont la nue-propriété

appartiendra aux héritiers ou représentants du prémourant; la présente stipulation est faite à titre de convention de mariage et entre associés conformément aux articles 1520 et suivants du Code civil.

» Le survivant jouira des biens soumis à son usufruit à partir du décès du prémourant sans être tenu de fournir caution, ni de faire emploi mais à la charge de faire inventaire.

» Le présent article ne trouvera son application que dans le cas où la société d'acquêts se dissoudrait par le décès de l'un des époux, dans tout autre cas de dissolution, la dite société d'acquêts se partagera par moitié. »

Dans d'autres contrats il est stipulé que l'usufruit s'éteindrait à partir de la célébration du nouveau mariage, si le survivant venait à se remarier.

D'autres contrats stipulent encore que « cette société d'acquêts, au cas de dissolution par le décès de l'un des époux appartiendra en totalité au survivant des futurs époux sans exception à la charge par lui de payer les dettes et charges de cette société d'acquêts; mais en cas de dissolution de cette société d'acquêts, autrement que par le décès de l'un des époux, il est expressément convenu que l'actif en sera partageable par moitié entre les époux, après l'acquit des dettes et charges et le prélèvement de leurs biens propres ainsi que des reprises en deniers, s'il y a lieu sauf la faculté à la femme de renoncer à cette société. »

Ainsi qu'il est aisé de le constater, le libre jeu de la volonté des futurs époux dans les conventions matrimoniales s'est donné ici libre cours et a créé un nouveau régime tout particulier par le mélange de ces deux idées si diverses de séparation et d'association créant à loisir des conventions de mariage.

Il est intéressant d'analyser la validité de cette clause et le principe sur lequel elle repose : puis d'établir les règles qui vont jouer soit du fait de la séparation, soit du fait de la communauté d'acquêts.

Cette clause est depuis longtemps entrée dans la pratique

notariale. Un arrêt de la Cour de Dijon du 21 avril 1869¹, que nous retrouverons plus loin en démontre, déjà l'existence à cette époque; mais il semble que ce soit surtout depuis une vingtaine d'années qu'elle s'est répandue et que cette juxtaposition de deux régimes aussi dissemblables a été vulgarisée. Cela tient évidemment aux tendances très nettes vers l'émancipation juridique de la femme qui trouve dans la séparation de biens la plus large capacité reconnue par la loi à la femme mariée — cela tient d'autre part à ce que la femme tout en se conservant une certaine liberté dans la gestion de son patrimoine veut garder un des avantages principaux de la communauté qui est la participation aux bénéfices réalisés au cours de la vie commune, économies que par sa sage administration du ménage elle concourt à réaliser.

Et c'est là, en même temps que la raison de cette fréquence croissante, le fondement de la réelle utilité de cette clause qui vient corriger le régime de séparation dans ce qu'il a d'égoïste et de dangereux pour la bonne harmonie de la vie commune.

C'est ce qu'exprime en termes excellents M. Lyon-Caen dans une note sous un arrêt de Cassation du 25 janvier 1904². « Le principe selon lequel tout ce qui est acquis à titre onéreux pendant le mariage, fait en principe partie de l'actif de communauté, spécialement quand la société d'acquêts est jointe à la séparation de biens, a même une grande importance. A cet égard nous ne pouvons moins faire que de reproduire les excellentes observations présentées par notre regretté maître M. Labbé, à propos du cas où une société d'acquêts est jointe à la stipulation du régime dotal en remplaçant seulement par les mots « séparation de biens » ceux par lesquels il visait le régime dotal : « le principe est le motif fondamental de la modification du régime de séparation de biens par la société d'acquêts. Le régime de séparation de

1. S. 69. 2. 200.

2. D. 1904. 1. 105; S. 1904. 1. 305.

biens est un régime d'isolement presque d'égoïsme... La société d'acquêts réagit contre cet isolement, cette indépendance contraire à l'esprit du mariage; toutes les opérations à titre onéreux faites par l'un ou l'autre des époux durant la communauté, doivent avoir en général et sauf des exceptions limitées pour but et pour effet d'augmenter l'avoir commun. » (V. note sous Cassation, déc. 1886, S. 88. I. 145).

Considérée par tous les auteurs et la jurisprudence comme un heureux correctif aux régimes exclusifs de communauté pouvait-on conclure à la validité de cette clause avec la séparation de biens ?

En effet un tel contraste semble exister entre ces deux régimes qu'il pouvait paraître incompatible de les mélanger. Mais en dernière analyse cette incompatibilité existe plus dans les mots que dans l'économie même de chacun de ces régimes. Le propre de la séparation de biens est l'autonomie de la femme dans la gestion de ses biens meubles et immeubles (art. 1449. art. 1537-1538). Le propre de la communauté d'acquêts est la constitution d'une masse commune à laquelle chacun contribue, masse essentiellement partageable, mais administrée par le mari; la constitution de cette masse ne porte aucun préjudice à l'autonomie de la femme, dès lors il n'y a pas lieu de parler d'incompatibilité, et le principe de liberté des conventions matrimoniales joue librement.

En cette matière d'ailleurs, le Code a non seulement dans l'article 1387 appliqué au contrat de mariage le principe de la liberté de conventions (art. 1134) et a par là-même permis aux futurs époux, au lieu d'adopter exclusivement un seul régime, de combiner ensemble plusieurs de ces régimes en les juxtaposant; mais il a encore dans l'article 1581 donné un exemple de combinaison de régime en autorisant les futurs époux, tout en adoptant le régime dotal à stipuler une société d'acquêts.

Or, le régime dotal, en ce qui concerne les biens non frappés de dotalité, c'est-à-dire, les biens paraphernaux se résume en un régime de séparation de biens. Nous avons même vu

(chap. I) des cas où le contrat de mariage rédigé sous le titre de régime dotal, équivalait en fait à une séparation de biens moins les termes. Cette analogie, ce point de contact nous permettra d'ailleurs d'appliquer par argument d'analogie les règles concernant les paraphernaux dans le régime dotal avec société d'acquêts, à l'ensemble des biens sous la séparation avec société d'acquêts.

Après avoir constaté l'existence fréquente, sous des formules assez diverses, l'utilité et la validité de cette clause jointe à une société d'acquêts, il faut nous rendre compte du jeu réciproque de cette juxtaposition de régimes.

§ II. — PRINCIPE. — « Juxtaposition de régimes », tel est le trait essentiel de cette combinaison. Ce principe résulte nettement d'un arrêt de la Cour de cassation précité du 25 janvier 1904 (Ch. des requêtes). Il s'agissait de savoir si, deux époux étant mariés sous la séparation de biens avec clause de société d'acquêts, un immeuble acquis à titre onéreux par la femme au cours du mariage, était un conquêt ou lui appartenait personnellement et s'il y avait lieu d'appliquer ou non les articles 1434 et 1436.

La Cour d'Agen avait décidé que cet immeuble était un conquêt et pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la Cour, la Cour de cassation rejetant le pourvoi confirma l'arrêt de la Cour d'Agen.

« Attendu, dit l'arrêt de la Chambre des requêtes, que dans le cas où les époux tout en admettant la séparation de biens, ont conformément à l'article 1498, stipulé qu'il y aura entre eux une communauté d'acquêts, la communauté quoique restreinte resté soumise aux règles de la communauté légale; que tout immeuble acquis à titre onéreux pendant le mariage, soit par les deux époux ensemble, soit par l'un d'eux séparément est réputé acquêt de communauté, à moins qu'il ne soit justifié qu'il rentre dans l'un des cas d'exception prévus par la loi. »

Par cet attendu, la Cour réfutait la doctrine qui alléguait qu'en cas de réunion de la séparation de biens et de la communauté d'acquêts la séparation de biens était le principal et la société d'acquêts, n'était qu'un accessoire, et que dans le cas visé devait s'appliquer la règle de la séparation de biens qui veut que sous ce régime, les biens acquis par la femme à titre onéreux comme à titre gratuit lui appartiennent en propre sans qu'il soit besoin d'une clause d'emploi ou de remploi; les tiers ayant en l'espèce le droit de prouver qu'en réalité cet immeuble a été acheté avec des deniers du mari ou des deniers communs.

C'est à bon droit¹ que la Cour repoussait ce système de subordination entre les deux régimes en présence, et posait le principe de juxtaposition : ce sont bien, en effet, deux régimes qui coexistent et il y a lieu d'appliquer à chacun ses règles propres dont la réunion n'altère pas le caractère.

Que la société d'acquêts soit jointe au régime dotal ou à la séparation de biens, elle n'en est pas moins une « société d'acquêts » dont la composition est gouvernée par l'article 1498 et qui comprend dès lors de plein droit dans son actif : « les acquêts faits par les époux, ensemble ou séparément durant le mariage ».

S'il s'agit au contraire de l'administration des biens de la femme et de la jouissance de ses revenus, on appliquera l'article 1536 qui assure à la femme l'entière administration et la jouissance de ses propres. Mais lorsque la femme acquiert un immeuble, elle ne se borne plus à l'administration de son patrimoine, elle fait un acte qui peut léser les droits des créanciers de la société d'acquêts, si les deniers qui doivent servir à payer le prix de l'immeuble sont en réalité des deniers de la société d'acquêts et que le prétendu propre qu'elle veut se créer ne soit qu'un propre fictif. Il faut alors en revenir aux règles fondamentales de la société d'acquêts et plus géné-

1. Note Guillouard sous Cassation, D. 1904. 1. 105; note Lyon-Caen sous Cassation, S. 1904. 1. 305.

ralement de la communauté entre époux et dire que faute de l'accomplissement des conditions imposées pour le rempli, l'immeuble acheté par la femme sera un immeuble de société d'acquêts par application des articles 1498, 1401 et 1402.

Tel est le principe essentiel qu'il importait de mettre en relief avant de rappeler les règles qui, empruntées selon le cas à l'un ou l'autre régime seront appliquées.

§ III. — RÈGLES PROVENANT DE LA SÉPARATION DE BIENS.

— Les époux ont stipulé la séparation de biens. En conséquence de l'adoption de ce régime la femme garde l'administration de ses biens et la jouissance de ses revenus.

En 1880, dans l'édition du *Traité de la société d'acquêts* de M. Tessier, M. Deloynes remarquait à la suite de M. Tessier¹ :

« Il est certain que par le seul fait de l'adoption du régime dotal la femme se réserve l'administration et la jouissance de ses paraphernaux (art. 1576, C. civ.).

» Il est certain que sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, le mari a en principe et sauf stipulation contraire l'administration des biens propres de sa femme et que la jouissance en est commune (art. 1401, 1428, 1498, 1528, C. Civ., cbn.).

» Que décider quand les époux ont associé ces deux régimes, usé de la faculté que leur offre l'article 1581 et stipulé le régime dotal avec société d'acquêts ? Des principes que nous venons de rappeler, il résulte que, s'ils ont désigné dans leur contrat de mariage celui qui sera chargé de l'administration des paraphernaux on devra se conformer à leur convention.

» Mais supposons qu'ils aient gardé le silence sur ce point. A qui devons-nous par interprétation de leur volonté confier cette administration ? La question nous paraît extrêmement

1. Tessier, *De la société d'acquêts*, mise au courant de la doctrine et de la jurisprudence par Deloynes, p. 248.

délicate, nous inclinons cependant à nous prononcer en faveur de la femme, qui conservera l'administration et la jouissance de ses paraphernaux; en effet la société d'acquêts n'est qu'une modalité, qu'un accident de la stipulation du régime dotal; l'objet direct et principal du contrat de mariage c'est précisément l'établissement de ce régime dotal qui a fourni ces traits caractéristiques, cette distinction des biens dotaux dont le mari a l'administration et la jouissance et des biens paraphernaux dont la femme conserve l'administration et la jouissance. La stipulation d'une société d'acquêts ne modifie pas les pouvoirs du mari sur les biens dotaux; elle ne doit pas davantage porter atteinte aux droits d'administration de la femme sur ses biens paraphernaux. Lui enlever cette administration, la confier à son mari, ce n'est pas il est vrai, faire disparaître toute différence entre les biens dotaux et les biens paraphernaux, mais c'est effacer l'une des principales différences qui les séparent et nous ne saurions accueillir dans le silence de la convention, une pareille interprétation.

» Du reste la stipulation d'une société d'acquêts sous le régime dotal a pour but de remédier à l'un des vices de ce régime qui est de ne jamais faire participer la femme à l'accroissement de fortune survenu au mari alors même qu'il est dû aux économies faites sur les revenus de la dot. Cette clause est donc insérée dans l'intérêt de la femme et il serait étrange de la retourner contre elle pour lui enlever l'administration des paraphernaux.

» C'est en vain que l'on essaie de donner pour fondement au droit du mari l'article 1498 auquel renvoie l'article 1581. car l'article 1498 parle des acquêts faits par les époux, même séparément, ce qui ne se conçoit que dans le cas où la femme a l'administration de certains biens.

» Concluons donc que, par la stipulation d'une société d'acquêts, les règles caractéristiques des biens paraphernaux ne subissent aucune modification, que la femme en conserve l'administration. De même que cette clause ne porte aucune

atteinte aux droits du mari sur les biens dotaux, et de même que les économies faites par le mari sur les revenus des biens dotaux profitent aux deux époux, de même les économies faites par la femme sur les revenus de ses biens paraphernaux, seront communs et devront être versés par elle entre les mains du mari administrateur de la société d'acquêts¹.

Sans doute ce passage d'un raisonnement très clair et parfaitement étayé se rapporte aux biens paraphernaux; mais le régime de ces biens est le même que celui des biens en général en matière de séparation.

Un arrêt de Dijon du 21 avril 1869² avait nettement posé la règle de l'application de l'article 1536. La Cour décidait en effet, d'abord que « la clause d'un contrat de mariage par laquelle la femme qui a stipulé la séparation de biens laisse la jouissance de ces biens à son mari ne fait pas de ce dernier un véritable usufruitier, mais un simple administrateur, obligé d'employer les revenus aux nécessités du ménage et de rendre compte à toute époque et qu'en conséquence ces revenus ne peuvent être saisis par les créanciers du mari surtout quand ils ne sont pas échus. »

Cette première disposition a son intérêt en ce qu'elle montre nettement combien la jurisprudence tient à ce que soit respecté ce trait essentiel de la séparation des biens : administration libre et entière du patrimoine de la femme par elle-même.

Mais surtout la Cour décidait que « de même, la clause par

1. Sériziat, *Reg. dotal*, n° 387; Odier, t. III, n° 1516; Bellot des Minières, *Reg. dot. et com. d'acquêts*, t. IV, p. 6, n° 2763; Troplong, *Contrat de mariage*, t. III, n°s 1899 et 1900; Vignéaux, p. 140 et seq.; Rodière et Pont, t. III, n°s 2034 et 2035; Aubry et Rau, t. V, p. 644, § 541 bis; Piolet, p. 177 et s.

En sens contraire, Marcadé, t. VI sur l'art. 1581, n° 2. Colmet de Santerre, t. VI, p. 558, n° 252 bis, I; de Folleville, *Rev. Pratiq.*, t. XXXIX, p. 222, n° 46; Laurent, t. XXIII, p. 576, n° 591.

Dans le sens du texte, *Req. rej.*, 15 juillet 1846, S. 46. I. 849; Agen, 17 novembre 1852, S. 53. II. 56; Cass., 14 novembre 1864, S. 65. I. 31; Riom, 31 janvier 1866, S. 66, II. 87.

2. S. 69. 2. 200.

laquelle les époux stipulent une société d'acquêts en même temps qu'ils adoptent le régime de séparation de biens ne constitue pas de la part de la femme une aliénation de ses revenus, mais confère simplement au mari un droit sur les économies, c'est-à-dire sur ce qui reste après l'acquittement des charges du ménage, et qu'en conséquence les créanciers du mari ne peuvent pas saisir les revenus de la femme, surtout ceux qui ne sont pas encore échus, mais seulement les économies réalisées sur ces revenus. »

» Attendu qu'il est constant au procès que les époux D... ont stipulé comme principe de leur association conjugale le régime de la séparation de biens, que par suite et comme conséquence les revenus des propres de la dame D... échappent aux droits de propriété du mari par conséquent aux poursuites des créanciers personnels de ce dernier.

» Attendu qu'en stipulant cette société d'acquêts la dame D... a voulu non aliéner les droits qu'elle pouvait avoir sur les revenus de ses propres, mais simplement concéder à son mari un droit sur les économies ou les acquêts réalisés avec ses revenus. »

L'arrêt et ses attendus sont très nets; ils concordent avec la théorie de la doctrine qui depuis Tessier n'a pas été modifiée et s'appuie toujours sur les mêmes arguments.

Il n'en subsiste pas moins de réelles difficultés pratiques pour déterminer quand il y aura économie, et à partir de quel moment s'exercera le droit du mari sur les économies réalisées par sa femme. Tout en pareille matière est un perpétuel cas d'espèce. De même on peut se demander comment le mari exercera ce droit. Pourra-t-il se faire accorder par les tribunaux les mêmes moyens de coercition que ceux qui lui ont été accordés pour obtenir de la femme récalcitrante le versement de la contribution aux charges du ménage. Nous le croyons; en effet, toute tentative de la part de la femme d'échapper au versement de ses économies entre les mains du mari, est à la foi, un préjudice causé au mari et peut-être aux créanciers de la communauté. D'ailleurs ces économies réalisées

devant fatalement prendre la forme de placements, ou d'acquisitions, il sera facile au mari comme au tiers étant donnée la sévérité de la loi sur l'application des articles 1434 et 1435, de prouver la consistance réelle de la société d'acquêts.

Donc cette clause de société d'acquêts montre la dualité des patrimoines et la dualité de gestion. Entre les deux patrimoines distincts se constitue peu à peu une masse commune : les acquêts qui sont entre les mains du mari et sur lesquels en tant que chef de la communauté, il exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus à ce titre sous le régime de la communauté, sur les biens communs.

§ IV. — RÈGLES PROVENANT DE LA COMMUNAUTÉ. — (application des articles 1498-1499). — Cette société d'acquêts va suivre les règles du régime de communauté réduite aux acquêts. L'article 1581 qui s'applique par analogie au système de séparation renvoie aux articles 1498-1499.

Composition de la masse. — Il en résulte notamment que les produits de l'industrie des époux et les économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens tombent dans la société d'acquêts, sans qu'il y ait à cet égard aucune distinction à faire entre les revenus des biens du mari et de ceux de la femme.

Il nous paraît également que contrairement à ce qui se passe en régime pur et simple de séparation de biens où au cas d'application de l'article 1537, les gains et salaires de la femme mariée ne sont pas compris dans la contribution du tiers des revenus (v. chap. III, p. 110), les gains et salaires de la femme tombent dans la société d'acquêts.

L'article 5 de la loi dit d'ailleurs en termes forts nets : « S'il y a communauté ou société d'acquêts, les biens réservés entreront dans le partage du bien commun ». Sans doute la femme garde les pouvoirs que lui confère la loi sur ses gains et salaires, et elle peut en disposer à sa guise et les affecter

à telle acquisition qu'elle jugera utile; mais les économies qu'elle réalise font partie des acquêts de communauté et ses gains et salaires dans la mesure où elle n'exerce pas sur eux son pouvoir de disposition, appartiennent à la société d'acquêts. Nous supposons une femme mariée sous le régime de séparation avec clause de société d'acquêts qui vient à mourir sans avoir touché des salaires à elle dûs pour quelques semaines de travail : ces gains sont incontestablement des acquêts.

Cette décision de la loi sur les biens réservés que nous étendons aux gains et salaires, alors même qu'ils n'ont pas fait l'objet d'acquisitions de biens réservés, est parfaitement expliquée par M. Bartin dans l'édition qu'il a donné d'Aubry et Rau¹ : « Les dispositions de la loi de 1907 sont des dispositions impératives, ce qui signifie qu'aucune modification ne peut être apportée par le contrat de mariage aux pouvoirs de la femme sur ses biens réservés par conséquent à la définition de ces biens et par conséquent aussi aux règles spéciales de preuve qui permettent soit d'établir la consistance et la provenance de ces biens (art. 4), soit de garantir les tiers contre les conséquences de l'exercice par la femme des pouvoirs que la loi de 1907 lui confère (art. 1, al. 4). Mais le caractère impératif de la loi de 1907 ne va pas plus loin. Il ne saurait évidemment s'étendre au delà de l'objet même de la loi. Or, la loi de 1907 n'a modifié ni la composition active ou passive de la communauté légale (voy. § 507, note 1 *bis*; § 509, note 60; § 521, note 22), ni par conséquent la communauté conventionnelle, en tant qu'il s'agit de clauses qui tendent à restreindre ou à étendre la communauté légale, ni par conséquent enfin la communauté conventionnelle, en tant qu'il s'agit de clauses qui tendent à modifier la communauté légale (cpr. § 526 à § 530). C'est ainsi qu'il n'est pas douteux que les biens réservés sont compris dans la communauté d'acquêts et ce, alors même qu'en fait ils constitueraient

1. Aubry et Rau, V^e édit., t. VIII, § 521, note 28.

les seuls acquêts des époux (cpr. § 522, note 2 *bis*). La vérité est que, si l'organisation légale des biens réservés reste intangible, quant aux pouvoirs de la femme sur ces biens, et quant aux conséquences directes ou lointaines de ces pouvoirs, l'affectation de ces biens au régime matrimonial des époux reste dans le domaine de la liberté des conventions au sens des art. 1387 et s. »

Cette masse commune doit en outre être constituée suivant les règles du régime de communauté. Auteurs et jurisprudence s'accordent à le reconnaître, ainsi que le prouve l'arrêt de la Chambre des requêtes du 25 janvier 1904 ci-dessus commenté : la Cour de cassation par cet arrêt, exigeait formellement l'accomplissement des formalités des articles 1434 et 1435 sur l'emploi ou le remploi pour qu'un bien acquis à titre onéreux au cours du mariage puisse être considéré comme propre à l'un des époux.

Par un arrêt postérieur de quelques mois, en date du 4 mai 1905¹, la Cour de cassation a fermement maintenu cette manière de voir qui venait d'être sanctionnée aux trois degrés de juridiction (Tribunal de Gourdon, Cour d'appel d'Agen, Chambre des requêtes) et elle décidait que lorsque « une société d'acquêts est adjointe au régime de séparation de biens, les immeubles acquis à titre onéreux par l'un des époux même en son nom personnel sont réputés acquêts, à moins que l'acquisition n'ait été faite dans les conditions fixées par les articles 1434 et 1435 et qu'il importait peu que la Société d'acquêts ait été restreinte par le contrat de mariage aux acquêts provenant tant de l'industrie commune que des économies sur les fruits et revenus de leurs biens ».

En principe donc, les biens acquis au cours du mariage à titre onéreux doivent être communs. En effet, les deniers qui ont servi à les acquérir font nécessairement partie de la masse commune quand bien même ils proviendraient du

1. S. 06. 1. 195; D. 1907. 1. 316.

paiement d'une créance propre ou de la vente d'un propre ou enfin d'une succession ou d'une donation; car la société d'acquêts est propriétaire de cette somme d'argent en vertu de son quasi-usufruit (art. 587). Un arrêt de la Cour de Rouen du 3 juin 1907¹, donne sur ce point deux solutions particulièrement intéressantes au sujet d'une société d'acquêts jointe à un régime dotal; on sait que par analogie ces solutions peuvent être étendues au régime de séparation.

Il y est dit que sous le régime dotal avec société d'acquêts l'immeuble acquis au cours du mariage et avec des deniers provenant de la société d'acquêts est acquêt, bien qu'il ait fait l'objet d'un apport du mari à une société commerciale avec la déclaration qu'il en était propriétaire, la volonté d'appropriation du mari en supposant qu'elle ait existé ne suffisant pas pour conférer la qualité de propre à un acquêt de communauté.

En second lieu, il est dit que sous ce même régime la propriété des objets mobiliers apportés en mariage par l'un des époux est transférée à la société d'acquêts lorsque ces objets se consomment par le premier usage ou sont destinés à se renouveler pendant la société d'acquêts et quand le contrat de mariage contient une estimation faite sans déclaration qu'elle ne vaut pas vente, estimation qui, dans l'intention des parties a eu pour but d'opérer la translation de la propriété des objets mobiliers à la société d'acquêts (arrêt confirmé par la Cour de cassation, le 30 juin 1910, S. 1910. 1. 529).

Dans ces divers cas, il reste bien entendu que la communauté doit récompenser à l'époux auquel la somme appartenait en propre. Mais il convenait de souligner avec quelle rigueur la jurisprudence exige l'application des règles de la communauté dans la constitution de cette masse commune.

Cette même rigueur se retrouve dans l'application des articles 1499 et 1510. Le prochain chapitre traitera précisé-

1. S. 1909. 2. 177, avec note de M. Dalimbert.

ment des mentions d'apport et des présomptions de propriété entre époux sous le régime de séparation de biens. Mais dès maintenant, il faut poser comme principe absolu que la présomption d'acquêts établie en matière mobilière par les articles 1499, 1504 et 1510 s'appliquent à la société d'acquêts comme à la communauté réduite aux acquêts; par suite, la femme séparée de biens avec société d'acquêts, ne sera recevable à revendiquer comme lui appartenant les objets mobiliers saisis sur son mari qu'autant qu'elle sera à même d'établir par un inventaire ou un état en bonne forme qu'elle les a apportés en mariage ou qu'ils lui sont échus pendant le mariage. Sinon ils seront présumés acquêts¹.

Il est incontesté que, sous la communauté réduite aux acquêts, la présomption établie par l'article 1499 du Code civil d'après laquelle le mobilier apporté par les époux ou à eux échu au cours du mariage est à défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme réputé acquêt constitue à l'égard des tiers une présomption *juris et de jure* qui n'admet aucune preuve contraire².

Cette règle rigoureuse est-elle encore applicable quand il s'agit d'une société d'acquêts jointe au régime dotal ou à la séparation de biens. Nous le croyons. Dès qu'il y a acquêts, cette présomption doit s'appliquer quel que soit le régime auquel peuvent être soumis les biens indépendants de la masse commune. C'est d'ailleurs bien ce qu'ont décidé les rédacteurs du Code quand dans l'article 1581 qui s'occupe de la société d'acquêts jointe au régime dotal, ils ont écrit que « les effets de cette société seraient réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499 ». Le Code n'ayant pas prévu l'adjonction de la société d'acquêts à la séparation de biens n'a pas formulé de règle à cet égard; mais l'analogie de situation

1. Bordeaux, 21 janvier 1853, Ser. 53. 2. 243; Civ. rej., 19 juin 1855, S. 55. 1. 506.

2. Civ. cass., 22 novembre 1886, D. 86. 1. 113 et note de Louis Guénée; Caen, 24 mars 1890, D. 90. 2. 217 et note de Planiol; Rouen 9 mars 98, D. 99. 2. 13; Req., 15 mars 99, D. 99. 1. 569; Req., 15 mai 99, D. 99. 1. 397.

implique à notre avis l'extension d'application des mêmes règles, et c'est ainsi que en rapportant les décisions de jurisprudence suivantes nous entendons les appliquer au régime de séparation de biens avec clause de société d'acquêts.

Par arrêt du 3 mars 1902¹ la Cour de cassation s'appuyant sur les termes de l'article 1581 qui renvoie à l'article 1499 « disposition d'ordre impératif » n'admettait pas la validité d'une clause dispensant les époux d'inventaire ou d'état en bonne forme et autorisant la femme à prouver la consistance de ses apports par témoins, et par commune renommée et exigeait et proclamait la nécessité de cet inventaire ou de cet état en bonne forme.

Un arrêt de la Cour de Dijon² du 18 décembre 1902 déclarait que la mention des apports est indispensable pour la validité des reprises.

Enfin un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 2 mars 1914³ décidait que sous le régime dotal avec clause de société d'acquêts comme sous la communauté réduite aux acquêts, vis-à-vis des tiers la consistance du mobilier doit être établie aux termes de l'art. 1499 par un inventaire ou un acte en bonne forme, mais il admettait qu'entre les époux la preuve peut être faite par les autres modes légaux dont le juge apprécie l'opportunité et l'efficacité.

De tout cet exposé, nous concluons que, sauf inventaire ou état en bonne forme, le mobilier possédé par les époux au jour du mariage ou à eux échu au cours du mariage tombe en communauté.

Enfin l'on s'est demandé si une clause du contrat de mariage pourrait exclure de la société d'acquêts les biens acquis par la femme au moyen d'économies par elle réalisées sur les revenus de ses paraphernaux, ce qui revient à se demander sous le régime de séparation de biens, si une société d'acquêts peut

1. D., 04. 1. 188.

2. D. 04. 1. 87.

3. D. 17. 1. 187.

être valablement stipulée en décidant qu'elle ne sera alimentée que par les ressources du mari. En matière de régime dotal, il y a à propos de cette question deux arrêts en sens contraire, rendus au sujet du même contrat de mariage.¹ Sous ce régime, la jouissance des biens dotaux qui peuvent être importants, peut laisser au mari un excédent de revenus qui font partie de la Société d'acquêts et y représentent la contribution de la femme. Mais sous le régime de séparation, admettre que la femme garde la disposition des biens acquis avec ses économies, c'est laisser la société d'acquêts se former et se grossir des seules économies du mari et c'est en arriver à une donation irrévocable entre époux : ce n'est plus une « société » constituée entre les deux époux. Nous ne saurions admettre la validité de semblable disposition.

Les règles de la communauté s'appliquent encore en ce qui concerne les pouvoirs du mari sur la Société d'acquêts ; sur ce point, nous renvoyons à l'étude du régime de communauté.

Au cas de dissolution de la société, nous avons vu que les clauses stipulées dans le contrat de mariage mettaient un soin particulier à prévoir le sort des biens acquêts : partage par moitié, ou donation de la totalité ou de l'usufruit de la seconde moitié à l'époux survivant. Quoi qu'il en soit, chacun des époux reprend en nature ses biens propres avec les revenus non perçus et en deniers par prélèvements sur les biens communs, ces biens et capitaux rentrés dans la masse commune. Le surplus se partage par moitié ou différemment suivant les clauses du contrat et les conventions de mariage rapportées au début de ce chapitre.

Le passif de la société est assez restreint ; elle se constitue après acquittement des charges du ménage avec l'excédent des revenus. S'il n'y a pas d'excédent de revenus, il n'y a pas de société d'acquêts. Le seul passif qu'on puisse envisager résulterait uniquement des dettes correspondant aux biens ac-

1. Cassat., 17 novembre 1890 ; D. 91. 1. 477 ; S. 91. 1. 275 ; Bordeaux, 17 juillet 1895, D. 97. 2. 137 ; S. sous Cass., 97. 1. 165.

quis par la société, notamment celles qui ont pour objet l'acquisition ou la conservation des conquêts et des valeurs communes. Le paiement de ces dettes s'exerce sur les biens communs. Hormis ce cas, au jour de la dissolution du mariage, chacun des époux reste tenu séparément des dettes en capital et intérêts qui lui sont personnelles, sauf à faire supporter les intérêts par la masse commune, si celle-ci a joui de l'ensemble des revenus. Les créanciers des époux doivent donc distinguer les deux patrimoines et poursuivre le paiement de leurs créances sur celui qui en est personnellement tenu, sauf le droit pour les créanciers du mari de poursuivre, conformément au droit commun, le paiement de leurs créances sur les biens de la Société d'acquêts dont le mari est administrateur. Mais l'on ne saurait leur reconnaître le droit d'agir contre la femme quand elle ne s'est pas personnellement obligée envers eux, même quand il s'agit de dépenses faites dans l'intérêt du ménage; le mari est, en effet, chargé de pourvoir à ces dépenses à l'aide de la contribution que lui verse la femme, et l'on peut ici appliquer par analogie la décision du Tribunal de la Seine du 3 août 1887.¹

Nous avons tenu à insister sur cette clause de société d'acquêts qui nous paraît l'un des plus heureux correctifs au régime de séparation de biens. Si pour les raisons d'intérêt fiscal que nous allons étudier, la séparation de biens gagne quelque terrain dans la répartition des régimes matrimoniaux, ce sera accompagnée de la clause de société d'acquêts et corrigé par elle.

1. D. 88. 2. 263.

CHAPITRE V

Des apports et des présomptions de propriété

Sous la rubrique « apports », les futurs époux détaillent les biens et plus spécialement les meubles et valeurs mobilières leur appartenant au jour du mariage. Ils établissent l'indépendance de leurs patrimoines vis-à-vis des créanciers éventuels de chacun d'eux.

Si une société d'acquêts est jointe au régime de séparation, il faut, nous venons de le voir, que conformément aux règles du régime de communauté, la consistance du mobilier appartenant à chacun des époux au moment du mariage soit établie par inventaire ou un état en bonne forme; il en est de même pour le mobilier qui échoit à l'un d'eux au cours de leur union; à défaut de semblables titres les créanciers de l'un ou de l'autre des époux ont le droit de saisir tout le mobilier que ceux-ci possèdent.

Mais laissant de côté le cas un peu spécial de société d'acquêts jointe au régime de séparation, nous posons ici la question en matière de séparation de biens pure et simple, sans adjonction de modalité entraînant l'application de règles empruntées à des régimes voisins. Il faut reconnaître avant

tout que cette question prend une importance exceptionnelle si l'on songe que la dispense possible de la mention des apports exonère les époux des frais d'enregistrement et d'honoraires proportionnels à la valeur des apports. Ainsi apparaît l'un des avantages du régime de séparation de biens, avantage chaque jour plus appréciable à mesure que s'élèvent les droits d'enregistrement, et tandis que le fisc est à l'affût de tout moyen de contrôle sur les fortunes soumises à l'impôt sur le revenu.

Nous étudierons pour plus de précision et plus de clarté les deux points suivants : peut-on se dispenser de mentionner les apports dans les contrats de mariage ? Peut-on sous le régime de séparation de biens non seulement éviter la mention des apports, mais encore éviter l'application des articles 1499 et 1510 et décider que par tous les moyens la future épouse, pourra prouver la consistance de son mobilier même vis à vis des créanciers du mari ?

§ I. — PEUT-ON SE DISPENSER DE MENTIONNER LES APPORTS DANS LES CONTRATS DE MARIAGE, QUEL QUE SOIT LE RÉGIME ADOPTÉ ? — La question a été soulevée à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de Cassation le 6 mars 1906¹. Un notaire de Paris avait rédigé un contrat de mariage de séparation de biens dans lequel les époux s'étaient contentés de mentionner une partie de leurs apports et s'étaient refusés à en faire l'énumération complète. Le notaire prétendit prélever ses honoraires sur l'ensemble des apports réels, qu'ils fussent ou non mentionnés sur le contrat. A côté de la question d'honoraires, et subsidiairement se posa au cours du procès la question de savoir si la tradition séculaire de la pratique notariale consistant à énumérer en détail dans le contrat de mariage les apports personnels des futurs conjoints notamment ceux de la femme correspondait à une obligation quelconque.

¹ S. 1907. I. 489.

M. Sumien, dans un fort intéressant article paru à cette occasion¹, a établi que cette tradition séculaire ne correspondait à aucune obligation sous quelque régime matrimonial que ce fût. S'il en est ainsi, il y a donc possibilité pour les époux d'éviter à la fois honoraires et frais d'enregistrement aujourd'hui souvent très élevés.

En effet, cette mention des apports qui se comprendrait dans les régimes tels que le régime dotal qui entraîne des modifications dans les conditions des biens propres ne s'explique plus dans les régimes de communauté réduite aux acquêts ou de séparation de biens. Sans doute, il est indispensable, au moins en matière de communauté de constater la propriété des époux antérieure au jour du mariage; mais il n'est pas nécessaire de le faire dans un contrat de mariage qui, au demeurant, ne contient que les énonciations des parties.

Aucun texte du Code civil, pas même les articles 1499, 1504 et 1510 ne prescrit aux futurs époux l'obligation de faire figurer leurs apports personnels au contrat de mariage. « Aucune loi, dit un jugement du Tribunal civil de la Seine du 9 janvier 1875², n'oblige les parties à énumérer au contrat de mariage dans l'unique intérêt du fisc les valeurs qui, comme les immeubles du mari, sous la plupart des régimes et les biens de la femme sous celui de la séparation ne reçoivent des contrats aucune modification et n'ont nul besoin d'y être mentionnés. »

Reconnaissons avec M. Sumien qu'une pareille obligation eût été abusive; du moment que les futurs époux peuvent établir par des actes ou titres indubitablement antérieurs au mariage, la consistance de leurs propres, il n'y a aucune utilité pour eux de constater à nouveau cette propriété dans le

1. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1907, t. 74, p. 599. De l'inutilité et des inconvénients d'énoncer tous les apports personnels des futurs époux dans le contrat de mariage.

2. S. 1875. 2. 58.

contrat de mariage. En effet, pour les immeubles, il est aisé d'en constater la propriété par des actes antérieurs au mariage. Mais pour les meubles, l'article 1499 paraît rendre difficile d'éviter leur mention au contrat. Sur ce point, M. Sumien reconnaît que la loi exige de la femme un inventaire, un état en bonne forme propre à justifier de la valeur et de la consistance de son mobilier; mais sans aller jusqu'à établir l'inutilité d'un acte authentique comme le font Rodière et Pont (t. II, n° 1264), il affirme comme incontestable que les apports mobiliers peuvent être constatés dans un acte authentique autre que le contrat de mariage, par exemple dans une liquidation intervenue quelque temps avant le second mariage de la femme. C'était le cas sur lequel statuait l'arrêt précité du 6 mars 1906 (Cf. Dalloz, *Jurisp. générale*, Contrat de mariage, n° 2625).

De même, ajoute-t-il, une prisee du mobilier signée du commissaire-priseur enregistré antérieurement au mariage peut suffire ou encore un procès-verbal d'huissier dressé contradictoirement par chacun des époux avec l'autre — le procès-verbal et cette prisee ont même une valeur probante plus forte que les déclarations faites au notaire qui les transcrit sans les vérifier : dans ces deux cas, l'huissier a vu les titres et les récépissés et le commissaire-priseur a estimé le mobilier. On peut encore supposer une valeur mobilière très importante¹ dont la propriété a été constatée au profit de l'un des époux par une décision de justice antérieure au mariage; ou bien la future épouse a des bordereaux d'agent de change² constatant des achats de valeurs immatriculées à son nom sur les livres de la Société antérieurement au mariage.

Il est évident que dans tous ces cas, il est inutile de mentionner ces valeurs au contrat de mariage, car tous ces actes constituent incontestablement l'état en bonne forme, le titre propre dont parlent les articles 1499 et 1504. La men-

1. Bordeaux, 19 février 1856. S. 56. 2. 271 D. 1856. 2. 177.

2. Trib. civ. Lyon, 18 avril 1894, « La Loi » du 11 décembre 1894.

tion de ces apports ne constaterait aucune mutation, aucune déclaration de propriété, aucun droit nouveau, aucune modification dans un droit préexistant : elle est donc inutile. Mais ce sont là plutôt cas exceptionnels que pratique courante; et la plupart du temps, les époux recourront à la mention de leurs apports au contrat pour satisfaire aux exigences de l'article 1499. Certains ont pu cependant songer à tourner la difficulté en ayant recours à des déclarations d'apports par acte authentique séparé du contrat de mariage et antérieur à celui-ci, sorte d'inventaires de leur fortune établis par les futurs époux à la veille de leur contrat de mariage.

A notre avis, de semblables déclarations, sous quelque forme qu'elles se présentent constituent des contre-lettres.

Les conventions matrimoniales, dans l'esprit de la loi doivent former un tout indivisible¹. En général, elles sont constatées par un acte unique : le contrat de mariage; toutefois, rien n'empêché de diviser le tout en plusieurs parties, assujetties pour leur constatation à des formes spéciales plus ou moins rigides selon qu'il s'agit d'opposer l'acte aux parties ou aux tiers (art. 1396, 1397, C. civ.).

S'il s'agit d'opposer l'acte aux parties, les changements doivent être constatés comme le contrat de mariage lui-même par acte authentique. Mais, en plus, pour bien marquer le caractère d'indivisibilité du contrat de mariage, le Code a prescrit que « nul changement ou contre-lettre n'est au surplus valable sans la présence ou le consentement simultané de toutes les parties qui ont été parties au contrat de mariage ».

(Art. 1396.)

Si nous nous en tenons à la lettre du texte, il nous paraît que les rédacteurs du Code n'ont eu en vue que les contre-lettres postérieures au contrat de mariage. Mais il nous semble que si l'on admet le caractère d'indivisibilité du contrat de mariage, les mêmes règles doivent s'appliquer aux contre-lettres antérieures; la raison de décider est la même, et l'on

1. Cass., Req., 18 mars 1857 (D. P. 57. 1. 212.)

peut ajouter que la loi n'a statué que *de eo quod plerumque fit*¹.

S'il s'agit d'opposer l'acte aux tiers, les textes sont encore plus sévères; ils exigent à *peine de nullité* que les changements et contre-lettres soient rédigés par le même notaire et en suite de la minute du premier contrat. Ils veulent par là que le contrat et ses accessoires forment un seul et même tout sur lequel les tiers ne puissent pas se méprendre : le caractère d'indivisibilité est indéniable.

Nous nous demandons même si l'on ne pourrait pas soutenir que d'ordre public, le contrat de mariage c'est-à-dire l'acte qui contient adoption d'un régime doit être le premier acte de la série, puisque les changements et contre-lettres doivent être écrits « à la suite » du contrat de mariage. Ne pourrait-on pas, par voie de conséquence déclarer *nulle* toute déclaration d'apport antérieure au contrat de mariage ?

En tout cas, en plus de cette première cause de nullité, nous considérons comme nulle toute déclaration d'apport ne respectant pas les formes exigées par l'article 1397; ces déclarations n'ont, en effet, qu'un but : tourner la difficulté de l'article 1499 considéré par la jurisprudence au moins en matière de communauté comme d'ordre public, et permettre aux époux d'exercer leurs reprises vis-à-vis des tiers. Tout au plus peut-on admettre que non revêtues des formes exigées par l'article 1397 ces déclarations valent *inter partes* en nous en tenant à la lettre de l'article 1396².

En résumé donc, les déclarations d'apports antérieures au contrat de mariage étant établies, en pratique, pour régler les rapports des époux avec les tiers doivent, pour être efficaces, faire corps avec le contrat de mariage lui-même selon le vœu de l'article 1397, de telle sorte qu'elles seraient, à notre avis, sans effet au moins vis-à-vis de ces mêmes tiers, si elles étaient rédigées par acte même authentique mais séparé du contrat de mariage.

1. *Rep. pral. Dalloz*, contrat de mariage, n° 194 et note au D. 90. 1. 115.

2. *Coïn et Capitant*, t. III, p. 22.

Quoi qu'il en soit de la liberté laissée par la loi aux parties en matière de mentions d'apport, la pratique a sur ce point des raisons d'être plus forte et plus vivace que le texte des lois. Sans doute, l'authenticité n'est pas exigée en matière de ventes, ni en matière de baux et si l'on s'en tenait strictement à la loi, l'intervention du notaire dans les contrats entre particuliers serait assez limitée; mais cette intervention est néanmoins recherchée des parties pour obtenir les avantages de l'authenticité. Le contrat de mariage est la charte pécuniaire du nouveau foyer; c'est sur lui que vont reposer toute l'organisation financière de la famille, et tout le crédit du ménage; il paraît utile, à tous de profiter de cette circonstance moyennant quelques frais supplémentaires pour fixer et établir clairement la situation pécuniaire de chaque époux avant de laisser leurs intérêts se mêler et se confondre. Mieux vaut encore acquitter des honoraires, et être à même à tout moment et vis-à-vis de n'importe quel tiers de prouver son droit de propriété par acte authentique gardé par l'officier ministériel qui l'a reçu.

Si les époux ont adopté le régime de la communauté réduite aux acquêts, l'énumération des apports facilite la fixation des prélèvements ou reprises à opérer avant tout partage (art. 1470 et s.); s'il y a séparation de biens, l'énumération des apports peut éviter des contestations sur la propriété des meubles ou des valeurs mobilières trouvés au domicile commun des époux.

Généralement, d'ailleurs, les commentateurs du Code recommandent d'énumérer avec soin les immeubles, les valeurs mobilières et même les meubles ou bijoux pour échapper aux rigueurs de l'article 1499.

Mais cette précaution devient indispensable dans le contrat de mariage d'un commerçant; sinon, en cas de faillite, la femme perdrait tous ses biens mobiliers (art. 560 du Code de commerce)¹, au cas où, à défaut de mention au contrat,

1. Limoges, 24 février 1899; S. 1902. 2. 225.

elle n'aurait pas un inventaire ou un acte sous-seings privés en bonne forme pour prouver sa propriété antérieurement au mariage. Cette théorie et ce conseil sont nettement formulés par M. Defrenois¹: « Il est toujours utile et, sous certains régimes, nécessaire d'établir dans le contrat de mariage la consistance des apports personnels de chacun des futurs époux pour servir à l'action en reprise et restitution ».

Mais la liberté laissée par la loi aux futurs époux pourrait en présence de nouvelles charges fiscales², assez rapidement battre en brèche les traditions séculaires de la pratique notariale. De fait, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, les contrats de mariage sauf de rares exceptions établissaient la consistance des apports personnels des époux; mais depuis quelques années pour échapper aux lourdes charges des nouveaux impôts et enlever à l'administration des finances le moyen de prouver l'inexactitude des déclarations qui ont servi à déterminer le montant de l'impôt sur le revenu, les futurs époux se contentent d'actes sous seings privés contenant l'énumération complète de leurs biens meubles et immeubles. Ils n'échappent pas, il est vrai, totalement aux droits d'enre-

1. *Traité pratique du notariat*, t. III, p. 24.

2. Les honoraires des notaires pour le département de la Seine s'élèvent aux chiffres suivants en matière de contrat de mariage :

Apports	25 % jusqu'à 1 million;
—	0,125 % au-dessus;
et 10 % en sus du total des honoraires ainsi obtenu.	
Constitution de dot :	0,50 % jusqu'à 1 million;
—	0,25 % jusqu'à 3 millions;
—	0,125 % au-dessus;
	et 10 % en plus.

Les droits d'enregistrement s'élèvent depuis la loi du 25 juin 1920 à

Apports (sur les apports cumulés, déduction faite des charges). 1 % sans décimes.

Constitutions de dots :

En ligne directe (suivant le nombre d'enfants).....	de 3.50 à	5.50 %
Entre époux	à	4.50 %
Entre frère et sœur	à	15 » %
Entre oncle ou tante et neveu ou nièce	à	20 » %
Entre grands-oncles ou tantes et petits neveux ou petites nièces ..	à	25 » %
Entre parents au delà du 4 ^e degré	à	30 » %

gistrement puisqu'ils sont tenus, pour leur donner date certaine, de faire enregistrer ces actes sous seings privés. De plus, l'état en bonne forme peut être un compte de tutelle, un état estimatif accompagnant une donation ou un état estimatif inséré par le testateur dans son testament. (En ce sens : Petiet, *France judiciaire*, 1885-1886, 1^{re} partie, p. 52). En s'y référant, les futurs époux évitent donc de toute manière le paiement des nouveaux droits.

Mais, sous le régime de la séparation de biens, l'article 1499 ne disparaît-il point et ne peut-on point à l'aide de présomptions de propriété insérées au contrat établir la propriété des futurs époux sans faire mention des apports au contrat et sans établir d'actes en bonne forme ? Si cette possibilité existe, la faveur du régime de séparation de biens ne peut que croître, et bien des futurs époux en viendront à imiter cet industriel, qui ayant réalisé au cours de la guerre des bénéfices considérables, pour ne point dévoiler dans son contrat cette matière imposable, décida d'adopter le régime de la séparation de biens.

§ II. — DE LA MENTION DES APPORTS ET DES PRÉSUMPTIONS DE PROPRIÉTÉ SOUS LE RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS. — La mention des apports personnels des époux que la loi n'impose sous aucun régime, mais que certaines exigences et utilités pratiques rendent nécessaires sous certains régimes n'est ici d'aucune nécessité, et en pratique nous rencontrons un grand nombre de contrats adoptant ce régime de séparation et établissant des présomptions de propriété contraires à l'article 1499 sans faire mention des apports.

Ainsi ce contrat du 7 avril 1914, étude de Paris : « Tous les objets et effets mobiliers à l'usage personnel de l'un ou l'autre des époux tels qu'ils existeront au jour de la dissolution du mariage seront réputés de plein droit appartenir à chacun d'eux et la reprise en sera exercée par chacun d'eux ou leurs représentants à quelque somme que puisse s'élever la valeur des dits objets.

» Le linge à la marque de la future épouse et tous ses bijoux et objets servant à son usage personnel seront réputés de plein droit lui appartenir sans qu'elle soit obligée d'en constater la propriété par aucun titre.

» Quant à tous autres objets mobiliers, sur lesquels la future épouse ne pourra pas justifier de son droit de propriété exclusif et personnel par mémoire, facture, inventaire, partage et autres titres réguliers, ils seront réputés *être la propriété du futur époux* ou être acquis de ses deniers ou lui appartiendront sans qu'il soit tenu d'en constater la propriété par aucun titre.

» Les valeurs au porteur et l'argent comptant qui se trouveront au domicile commun seront réputés appartenir à celui des époux qui justifiera en être propriétaire par mémoire, bordereaux d'agents de change, factures, inventaires, partages et autres titres réguliers.

» A défaut de justification ces valeurs et l'argent comptant seront *réputés appartenir au futur époux seul*.

» Les créances, valeurs nominatives et immeubles qui seront acquis pendant le mariage appartiendront au titulaire; ceux, au nom des deux époux leur appartiendront pour moitié sauf l'indication de toutes autres proportions sur les titres.

» Les lieux qu'habiteront les futurs époux seront toujours présumés loués au futur époux à moins de preuve contraire.

On voit déjà quels dangers s'annoncent pour la femme si son mari ne respecte pas scrupuleusement la séparation des patrimoines, et à plus forte raison, si, fort de l'insouciance de sa femme, il prend en main l'administration et la gestion des biens de celle-ci. Comment pourra-t-elle faire la preuve de ses reprises sur des données aussi vagues et peut-être avec des bordereaux d'agent de change qui auront été inscrits au nom du mari alors que celui-ci opérait au nom de sa femme.

Parfois, au contraire, la présomption est établie en faveur de la femme : « Chacun des époux sera réputé de plein droit

propriétaire des vêtements, linges, bijoux et autres objets à son usage personnel, ainsi que des objets d'argenterie et autres et du linge de maison marqué à son nom, sans qu'il ait aucune justification à fournir à cet égard.

» Quant à tous meubles meublants, objets mobiliers et autres, argenterie et linge de maison sur lesquels le futur époux ne pourra justifier de son droit de propriété exclusif par inventaires, mémoires, factures, partages ou autres titres réguliers, ils seront réputés être la *propriété personnelle de la future épouse*, sans qu'elle ait à fournir aucune justification.

» Les créances, valeurs nominatives et les immeubles acquis pendant le mariage appartiendront par moitié à titre d'indication contraire de toute autre proportion sur les titres.

» Les valeurs au porteur qui se trouveront au domicile commun seront réputées appartenir à celui des époux qui justifiera en être propriétaire par mémoire, bordereaux d'agents de change, inventaires, partages et autres titres réguliers; à défaut de justification par le futur époux, ces valeurs seront réputées appartenir à la future épouse exclusivement.

» L'argent comptant existant au domicile commun appartiendra aux époux chacun par moitié.

» Les valeurs et objets quelconques déposés dans toutes Banques et Sociétés de crédit ainsi que dans tous coffres-forts en location appartiendront au *titulaire* des récépissés de dépôt ou de la location du coffre-fort.

» Les lieux qu'habiteront les futurs époux seront toujours présumés loués à la future épouse à moins de preuve contraire.»

Ici la présomption est dans le sens contraire à celui du contrat précédent; parfois, la présomption est établie par moitié : « tous autres objets mobiliers seront réputés appartenir indivisément et à chacun pour moitié. »

La liberté des conventions matrimoniales se donne ici libre cours : elle va jusqu'à une combinaison différente; l'apport de la future épouse est mentionné et complètement énuméré; puis suit immédiatement une clause de présomp-

tion de propriété en faveur du futur époux sans que soit mentionné l'apport de celui-ci :

« Il est convenu de la façon la plus expresse que tous les objets mobiliers, meubles meublants, argenterie et bijoux qui garniront les lieux occupés par les futurs époux et les valeurs au porteur et deniers comptants qui y seront trouvés *appartiendront de plein droit au futur époux* sans qu'il puisse jamais être obligé de fournir aucune preuve à cet égard et la future épouse et ses héritiers ne pourront réclamer que les objets de valeurs et sommes pour lesquels ils justifieront de sa propriété soit par acte authentique, soit par quittance de marchands, de fournisseurs patentés, soit par bordereau d'agents de change au nom de la future épouse, soit par tous autres titres ou preuves valables et la marque à son chiffre.

Il arrive encore que la présomption de propriété est conçue en faveur de l'épouse, alors même que mention de son apport a été faite dans le contrat avec estimation.

« Chacun des époux sera réputé de plein droit propriétaire des habits, vêtements, linges et bijoux à son usage corporel ou personnel et de l'argenterie à son chiffre, le tout sans qu'il ait aucune justification à fournir à cet égard, ni aucun titre de propriété à en rapporter.

» Tous les objets mobiliers de la future épouse décrits en l'état représenté par les futurs époux et ci-annexé resteront appartenir particulièrement à la future épouse et lui sont à cet effet expressément et spécialement réservés propres et personnels.

» Tous les autres objets mobiliers sur lesquels le futur époux ne pourra prouver sa propriété par quittances d'ouvriers, de fournisseurs, de marchands ou par d'autres titres seront censés acquis des deniers de la future épouse et lui appartiendront. A l'égard des deniers comptants, créances, rentes et autres valeurs au porteur, ils seront réputés appartenir à celui des époux qui les tiendra dans son portefeuille ou dans tout meuble à son usage particulier, ou encore qui les aura déposés à son nom ou dans un coffre loué à son nom dans un

établissement de crédit ou autre, sauf la preuve du contraire réservée à qui de droit.

» Tous titres nominatifs appartiendront au titulaire. »

Toutes ces combinaisons correspondent à des situations de fortunes diverses et ont pour but de rétablir ou de maintenir les différences existant entre les fortunes au jour du mariage, sans qu'il puisse y avoir enrichissement de l'un des époux au détriment de l'autre.

Mais en face de toutes ces diversités de présomptions et de mentions d'apports une question se pose : quelle est la valeur pratique et la valeur juridique de ces présomptions ?

Un arrêt de Cassation du 4 mars 1903¹ a statué sur une clause semblable décidant que les présomptions de propriété qu'elles établissaient pouvaient être considérées par les juges du fait comme n'étant applicables que lors de la dissolution du mariage, et non pendant le mariage. C'était implicitement reconnaître leur validité et leurs effets.

Un autre arrêt de Cassation du 24 juin 1902² statuant sur une clause établissant une présomption en faveur de la future épouse, sauf au futur de prouver sa propriété par quittances de marchands ou tous autres titres décide que cette clause peut être interprétée ainsi qu'il suit. Les valeurs au porteur existant à la dissolution du mariage appartiennent à la future épouse et ne peuvent être assimilées aux objets dont la propriété pourrait être prouvée au profit du futur époux par quittances de marchands ou par tous autres titres. Et la Cour de Cassation ajoute qu'un arrêt décidant ainsi après examen des clauses du contrat et recherche de l'intention des parties donne une interprétation qui ne dénature ni les termes, ni le sens du contrat et qui rentre dans les pouvoirs souverains des juges du fait.

La jurisprudence la plus récente reconnaît donc la validité de ces diverses clauses de présomptions de propriété et en inter-

1. S. 1906. I. 396.

2. S. 1906. I. 310.

prête le sens en recherchant l'intention des parties. Notons en passant que le danger de ces clauses réside principalement en ce qu'elles sont susceptibles d'interprétations diverses et en ce que leur application pratique au jour de la dissolution du mariage peut donner lieu à de sérieuses difficultés.

Ces clauses devenues de plus en plus fréquentes ont en effet l'inconvénient d'être conçues en termes vagues et imprécis qui ne donnent guère d'indication sur les reprises à exercer en cas de dissolution du mariage. Les héritiers d'un des époux pourront dès lors se trouver dans l'impossibilité de faire valoir leurs droits ou même de formuler une réclamation. Les uns n'auront aucun état, aucune facture, aucun titre pour justifier de la propriété d'un beau meuble ou d'un tableau de maître qu'ils sauront avoir appartenu à leur famille. Les autres ignoreront la nature et l'importance des valeurs mobilières qui constituaient, il y a trente ou quarante ans, les apports personnels de leur père ou mère.

Certaines de ces présomptions sont même une source de graves dangers pour la femme : en fait, nous verrons dans le chapitre suivant que, malgré tout, le mari s'immisce fatalement dans la gestion de la fortune de sa femme, les valeurs mobilières au porteur peuvent être réunies dans un même portefeuille; le mari peut faire un achat de valeurs pour sa femme, et l'agent de change portera sur le bordereau le nom du mari; or nous avons vu que certaine clause établissait que « les valeurs mobilières, les fonds publics français ou étrangers, actions, obligations et créances seront réputés être la propriété de celui des époux au nom duquel ils auront été acquis, inscrits, mis en dépôts ou qui les déliendra dans son portefeuille ou dans tout meuble à son usage particulier, le tout sauf preuve du contraire qui sera suffisamment établie par les bordereaux d'achat, états en forme, inventaire, inscription de titre ou toute autre pièce probante ».

Quoi qu'il en soit de ces inconvénients ou de ces dangers, les futurs époux effrayés par les droits d'enregistrement négligent ces lointaines préoccupations et adoptent le régime

de séparation de biens sans mention d'apports avec présomptions de propriété, sans d'autre souci que l'intérêt fiscal en jeu.

La validité de ces présomptions dérive du principe de liberté des conventions matrimoniales, étant toujours entendu que toutes conventions sont licites qui ne sont contraires ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs, ni aux dispositions impératives du présent Code. Mais précisément ne pourrait-on pas soutenir que ces présomptions de propriété contraires à la présomption de l'article 1499 sont nulles comme telles ?

A notre avis, les articles 1499 et 1510 écrits sous la rubrique de la communauté d'acquêts ne sauraient s'appliquer en matière de séparation de biens. Ils ne sont pas écrits pour ce régime qui est plus qu'un régime exclusif de communauté et qui ne contient pas d'acquêts. Quelque force que l'on attache à ces articles en matière de communauté, ils ne peuvent plus s'appliquer dans un domaine qui leur est étranger. Et l'on ne peut prétendre que ces articles soient d'ordre public ou concernent les bonnes mœurs.

En vertu de ces deux articles, la femme commune en biens, lorsqu'elle veut reprendre en nature des meubles, qui suivant sa prétention lui appartenàient avant le mariage et lui sont restés propres, doit produire un inventaire ou un acte authentique équivalent (art. 1414, 1415, 1499), au moins quand elle se trouve en conflit avec des tiers. Pour ce qui est du mobilier échu au cours du mariage et demeuré propre, la femme qui à l'égard de son mari, à défaut d'inventaire aurait recours à tout mode de preuve, même à la commune renommée, serait aussi contrainte à l'encontre des créanciers de son mari ou de la communauté de produire un inventaire ou un état en bonne forme, ce qui exclut tout au moins les simples témoignages et les présomptions de fait (art. 1504, 1510).

Certains auteurs ont soutenu que ces règles tiennent aux rapports des époux entre eux plus qu'à la nature spéciale du régime adopté, qu'elles protègent les créanciers par des raisons qui ont même force sous tous les régimes matrimoniaux.

Tel n'est pas notre avis. Les articles s'appliquent uniquement aux cas où il existe une masse commune; ils sont inapplicables quand il n'y a pas de communauté. C'est alors le domaine de la présomption et de la preuve contraire à établir contre la présomption, exception faite, nous l'avons déjà dit, pour la femme d'un commerçant en faillite (art. 560 du Code de comm.). L'arrêt de la Cour de Limoges précité¹ déclare l'application de cet article obligatoire même à l'égard des effets mobiliers qui se trouveraient en la possession de la femme séparée de biens, cet article établissant la présomption qu'à défaut de la preuve qu'il exige, toute valeur possédée par la femme lui provient du mari.

C'est d'ailleurs, la doctrine professée par Aubry et Rau² qui tout en recommandant aux futurs époux de faire constater par mesure de prudence au moyen d'un état en bonne forme, la consistance du mobilier que la femme possède au jour du mariage et de celui qui lui échoit pendant le mariage déclarent que l'article 1510 n'est pas applicable : « Sans doute à défaut d'un pareil état, disent-ils, les créanciers de chaque époux sont en droit de saisir tout le mobilier qu'ils possèdent ensemble sauf au conjoint non débiteur à demander la distraction de ceux des objets saisis de la propriété desquels, il pourrait suffisamment justifier ». Le conjoint non débiteur aurait recours aux moyens donnés par l'article 638 du Code de procédure civile. La solution qu'ils donnent repose sur la considération suivante : si les créanciers de l'un ou de l'autre époux ne pouvaient pas saisir tout le mobilier que les deux époux possèdent en commun, ils se trouveraient injustement privés du droit de saisir même le mobilier de leur débiteur par suite de l'impossibilité où ils seraient, de le distinguer de celui de son conjoint qui, d'ailleurs, grâce à l'article 638 du Code de procédure civile pourra faire valoir ses droits. Vis-à-vis

1. Limoges, 24 février 1899; S. 1902. 2. 225.

2. Aubry et Rau, 5^e édit., t. VIII, § 532, note 8.

des créanciers, la preuve de la consistance du mobilier de l'un ou de l'autre des époux pourra être établie suivant les modes de preuve du droit commun.

Dans les rapports entre époux, Aubry et Rau admettent que « la preuve de la consistance de leur mobilier respectif semble pouvoir se faire par témoins même pour une valeur supérieure à 150 francs ». « En effet, ajoutent-ils, les époux ayant conservé en pareil cas, la possession civile de leur mobilier respectif, la question de savoir si tel ou tel objet appartient au mari ou à la femme n'est plus qu'une question de fait pur et simple, susceptible d'être établi par témoins ». C'est ce qui a été reconnu par la Cour d'Agen (14 mars 1833, S. 1833. 2. 376) et par celle de Nîmes (20 janvier 1859, Sir., 59. 2. 75) dans des espèces où la femme s'était réservé tous ses biens comme paraphernaux sans distinction, et même par la Cour de cassation en matière de régime dotal avec société d'acquêts (Cass., 1914, 2 mars, S. 1917. 1. 187).

La Cour de cassation a décidé que sous les régimes exclusifs de communauté, la preuve de droit commun est suffisante vis-à-vis du créancier :

« Attendu, dit l'arrêt¹, que si le mari sous le régime dotal peut même après la séparation de biens être réputé possesseur et propriétaire du mobilier qui se trouve dans le domicile commun des époux, cette présomption qui ne se fonde sur aucune disposition légale peut être combattue soit par la preuve contraire, soit par toutes les présomptions de fait qui sont abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats.

» Attendu que pour décider que la princesse de Sagan est propriétaire de l'ensemble des objets mobiliers qui garnissent l'hôtel de la rue Saint-Dominique-Saint-Germain, habité par elle, l'arrêt attaqué s'est fondé sur les pièces et documents produits et sur diverses présomptions de fait qu'il déclare n'être combattues par aucune preuve contraire.

¹ S. 82. 1. 241, avec note Labbé. Les circonstances de l'arrêt sont particulièrement intéressantes.

» Attendu que la Cour d'appel de Paris a pu ainsi, *sans violer aucune des dispositions de la loi invoquée* invalider les saisies pratiquées sur l'ensemble des dits objets mobiliers par le demandeur,

» Rejette ce moyen. »

Dans tout cet arrêt, nulle allusion n'est faite à l'application possible des articles 1499 et 1504; bien au contraire, il est dit « que la présomption de propriété du mari sous le régime dotal ne repose sur aucune disposition légale et qu'elle peut être combattue par toutes présomptions de fait abandonnées à la lumière et à la prudence des juges ».

Ainsi auteurs estimés¹, arrêts de Cour d'appel et décisions de la Cour suprême s'accordent pour écarter du régime de séparation de biens l'application des articles 1499 et 1504 et pour laisser aux parties en cette matière la liberté pleine et entière d'établir les clauses de présomption de propriété.

Ajoutons à cela qu'aucun texte n'oblige les époux à faire mention de leurs apports dans le contrat de mariage. Dès lors, puisque les clauses de présomption de propriété peuvent garantir aux futurs époux l'exercice de leurs reprises, quel intérêt pourraient-ils bien avoir à fournir au fisc des renseignements sur leur fortune, à lui faciliter le contrôle de leurs déclarations d'impôt sur le revenu ?

C'est bien là ce qu'ont compris certains esprits avertis, et c'est ce qui a provoqué la proposition de loi de M. Sibille, déposée sur le bureau de la Chambre à la séance du 17 février 1920 et renvoyée pour examen à la Commission de législation civile et criminelle². M. Sibille propose de compléter l'art. 1394 du Code civil; sa proposition de loi est rédigée comme suit :

« ARTICLE PREMIER. — Il sera ajouté à l'art. 1394 du C. civ. entre le premier et le second paragraphe la disposition suivante :

1. Voir sur ce sujet un article de M. Reynald Petiet, « La preuve en matière de reprises matrimoniales » (*France judiciaire*, t. X, 1^{re} partie).

2. Documents parlementaires, Chambre des députés, année 1920, p. 270, ann. 347.

« Chacun des futurs époux remettra au notaire un état estimatif de ses biens meubles et immeubles non mentionnés dans l'acte. Cet état certifié sincère sera annexé à l'acte. »

« ART. 2. — Les états estimatifs prescrits par l'art. 1394 du Code civil seront enregistrés en même temps que le contrat de mariage. Il sera perçu un droit de 1 % sans addition de décimes sur le montant des valeurs mentionnées aux dits états. »

M. Sibille, à la fin de son très intéressant exposé des motifs défend son projet dans les termes suivants : « Nous venons d'établir, dit-il, que contrairement à l'avis des jurisconsultes les plus autorisés, les futurs époux, pour éviter les droits d'enregistrement de 1% et pour ne pas faciliter le contrôle des opérations relatives à l'impôt général sur le revenu ne font insérer dans leur contrat de mariage, ni l'énumération de leurs biens meubles et immeubles, ni même l'indication des apports effectués en vue de contribuer aux charges du ménage.

« Mais, pour obvier aux inconvénients de cette omission, les futurs époux déclarent et constatent souvent dans un acte sous seings privés la nature et l'importance de leurs biens meubles et immeubles.

« En complétant ainsi les énumérations du contrat de mariage, parfois le jour même où ils le signent, ils ne se conforment évidemment pas à cette règle de l'article 1394 du Code civil : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage par acte devant notaire ». Si la loi n'est pas violée elle est en tout casournée.

« Il appartient au législateur d'assurer au besoin par une disposition nouvelle le respect des principes fondamentaux de notre droit tels qu'ils sont posés par le Code civil.

« Lorsqu'on écarte les préoccupations relatives aux frais d'acte, on est amené à reconnaître qu'il y a des avantages et aucun inconvénient à énumérer dans le contrat de mariage ou dans une pièce annexée au contrat tous les biens meubles et immeubles des futurs époux.

« Pourquoi dès lors, ne pas rendre obligatoire cette énumé-

ration ? Comme les déclarations des divers éléments des grosses fortunes peuvent être fort longues, nous proposons de faire figurer dans une pièce annexée au contrat de mariage la liste des valeurs mobilières, des meubles et des immeubles non mentionnés audit contrat. Puis pour marquer l'importance des déclarations, pour éviter autant que possible des inexactitudes et des dissimulations, il nous paraît nécessaire que chacun des futurs époux affirme sincère et véritable l'énumération des biens meubles et immeubles.

» Une circulaire ministérielle qui précise les nouvelles obligations professionnelles des notaires, suffira pour assurer l'observation de la loi. Elle spécifiera notamment que lorsque l'un des époux ne pourra pas ou ne saura pas signer, le notaire lui donnera lecture de l'acte dressé d'après les indications recueillies et certifiera que cette formalité a été remplie.

» Nous ne devons d'ailleurs pas oublier que, à l'heure actuelle il convient d'assurer des ressources à l'Etat appauvri par plusieurs années de guerre.

» Comme, en matière fiscale, il n'est pas permis de raisonner d'un cas prévu à un cas imprévu et de décider par analogie, on pourrait soutenir que le droit de 1 % prévu par l'article 15 de la loi du 29 juin 1918 et portant sur le montant net des apports personnels des futurs époux, ne frappe que les apports mentionnés au contrat et non les valeurs énumérées dans un état annexé audit contrat.

» L'intérêt qu'ont les futurs époux à faire constater dans un acte enregistré et ayant date certaine, la nature et l'importance de leurs biens meubles et immeubles au jour de la célébration du mariage justifie d'ailleurs, la perception d'un droit. Il y a donc lieu de prescrire l'enregistrement des états annexés au contrat de mariage et d'ordonner la perception d'un droit de un pour cent. »

Les considérations sur lesquelles s'appuie M. Sibille pour défendre sa proposition de loi sont uniquement d'intérêt fiscal. La loi a laissé la porte ouverte à l'évasion fiscale, et c'est à notre avis l'un des intérêts du régime de séparation de biens.

Obliger les époux à une déclaration d'apports, c'est renouveler en quelque sorte la déclaration de succession. Deux fois au moins, la fortune d'un particulier sera soumise à un inventaire officiel et son crédit sera établi au vu et au su de tous. Il y a peut-être quelque exagération à tout envisager au point de vue de l'impôt.

De plus quelle sera l'efficacité de la mesure proposée? Malgré leurs affirmations de sincérité, les futurs époux se laisseront peut-être aller à des dissimulations; ils risqueront des amendes, mais leur droit de propriété sauvegardé par les causes de présomption de propriété ne sera guère en danger. Telle valeur non mentionnée à l'état annexé au contrat sera censée acquise au cours du mariage et en respectant les exigences formulées par les clauses la valeur restera la propriété de celui des époux qui le possédait au jour du mariage.

Seuls les immeubles, sous peine d'amende, seront obligatoirement déclarés. Pour ce qui est de la fortune mobilière, une seule mesure peut obliger les époux à en faire l'énumération, c'est l'extension de l'article 1499 à tous les régimes, ce qui amènerait une déformation du régime de séparation de biens.

Il reste à notre avis, incontestable que la mention des apports n'est obligatoire sous aucun régime; qu'elle offre toutefois de réels avantages pratiques; que sous le régime de séparation de biens la consistance des apports peut s'établir par tous les moyens et suivant les présomptions de propriété stipulées au contrat. Nous considérons d'autre part comme louable la latitude laissée aux époux par la loi et nous croyons que l'obligation légale de l'énumération des apports serait une forme nouvelle de l'inquisition fiscale peu en faveur dans ce pays.

CHAPITRE VI

De la responsabilité du mari

Une fois la séparation de biens établie, les pouvoirs de la femme énumérés, la contribution aux charges du ménage et l'emploi des revenus déterminés, la propriété des biens meubles et immeubles constatée, il pourrait sembler que le contrat de mariage est complet. Les biens restent séparés; la femme libre administratrice de ses biens gère aux mieux de ses intérêts, sauf dans les cas nécessaires, l'obligation où elle se trouve de demander l'autorisation maritale. Jalouse de garder l'indépendance qu'elle a manifestée par le choix même du régime matrimonial adopté, elle va pourrait-on croire, exercer pleinement ses droits au risque même de dépasser les limites légales de sa capacité.

En fait, il n'en est pas ainsi. D'abord, en effet, la femme est insensiblement amenée à abandonner à son mari le droit d'administration qu'elle s'est réservé dans son contrat de mariage dans des termes parfois excessifs. Elle s'en remettra de ce soin de gestion à son mari plus expérimenté et plus spécialement préparé à négocier tous les arrangements pécuniaires que comporte l'administration d'une fortune.

En second lieu, les agents de change, notaires et tous hommes d'affaires en général, prudents et craintifs, incertains des limites souvent discutées de la capacité de la femme séparée exigeront le concours du mari même dans des actes de pure administration.

Et ainsi peu à peu suivant l'impulsion de la vie commune ou sous la nécessité d'exigences de la pratique, la belle indépendance juridique s'évanouira et le mari prendra bien souvent le rôle prépondérant dans l'administration et la gestion de la fortune de la femme. Parfois même dans son contrat de mariage la femme aura donné à son mari mandat d'administrer sa fortune.

De tout cela, il résulte des situations de fait que la loi et à sa suite les contrats de mariage ont réglementées. Le mari, dans ces divers cas, va encourir une certaine responsabilité qu'il s'agit de déterminer et il faut dès lors, protéger la femme contre cette influence qui peut s'exercer au mieux des intérêts des deux époux, mais qui peut aussi, profitant de la situation prépondérante du mari, se dépenser pour le seul avantage de celui-ci au détriment de la femme.

Pour plus de clarté, nous distinguerons deux sortes de situations : en premier lieu celles où l'immixtion du mari dans la gestion de la fortune de la femme se produit par la perception des revenus ; ensuite, celles où le mari encourra une responsabilité par son concours lors de la réception de capitaux propres à la femme.

§ I. — RESPONSABILITÉ DU MARI PAR LA PERCEPTION DES REVENUS. — Les contrats de mariage sont muets sur ce point et l'on s'étonne qu'ils n'aient pas prévu cette situation de fait courante : la femme a remis purement et simplement entre les mains du mari l'administration de son patrimoine sans lui confier aucun mandat exprès et sans exiger de lui aucun compte.

L'article 1539 a prévu cette situation, et le silence des futurs époux sur ce point peut s'expliquer précisément parce que

la loi s'est exprimée sur ce point en termes formels et clairs.

« Lorsque la femme séparée, dit l'article 1539, a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande que sa femme pourrait lui faire, soit à la dissolution du mariage qu'à la représentation des fruits existants et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors. »

Le contrat de mariage peut, au contraire, contenir un mandat exprès donné par la femme au mari d'administrer ses biens et d'en percevoir les revenus; ou bien encore le mandat a pu être donné au cours du mariage; ou bien enfin, le mari a pu prendre en mains cette administration et la conserver malgré l'opposition de sa femme.

Dans ces divers cas, il est fait application des articles 1577 à 1580 du Code civil relatifs aux biens paraphernaux de la femme dotale. Par analogie, l'application de ces articles au régime de séparation de biens est universellement admise.

I. La première situation à envisager est celle où par mandat exprès la femme a donné au mari, mission de gérer son patrimoine. Si ce mandat est inséré dans le contrat de mariage, il est irrévocable et soumis au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales¹.

Mais dans ce cas ne pourrait-on pas prétendre qu'il n'y a plus séparation de biens, puisque il n'y a plus libre administration de la femme séparée ? Certains auteurs l'ont affirmé². Nous ne croyons point qu'il y ait changement de régime pour cela. Les deux patrimoines restent indépendants : le mari est mandataire de sa femme et à ce titre, il lui doit compte soit à la dissolution du mariage, soit à la liquidation nécessitée par une séparation de corps et de biens, de toute son administration. C'est ce qu'a décidé la Chambre des

1. Guillouard, IV, n° 2182; Troplong, IV, n° 3711; Odier, III, n° 1479; Aubry et Rau, VIII, § 541, p. 604.

2. Baudry-Lacantinerie, Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, III, n° 1511.

requêtes (arrêt du 31 octobre 1888, D. 89. 1. 315). Dans un autre arrêt déjà cité, la Cour de Dijon (21 avril 1869, D. 74. 5. 103-104) décide que la clause du contrat de mariage par laquelle la femme en adoptant la séparation de biens laisse la jouissance de sa fortune à son mari fait de lui non un usufruitier, mais un administrateur tenu de rendre compte à toute époque et d'employer les revenus aux nécessités du ménage et que par suite ces revenus ne peuvent être saisis par les créanciers personnels du mari.

Ces décisions nous laissent étrangers aux règles du régime de communauté. Le mari n'est pas ici seigneur et maître; il est un simple mandataire tenu de rendre compte; mandataire revêtu d'un caractère un peu spécial puisqu'il est irrévocable; mais cette irrévocabilité ne change nullement ses fonctions et ne transforme en aucune manière le mandat qu'il a reçu.

Mais ce mandat peut avoir été conféré au mari postérieurement au mariage et n'être qu'un simple mandat ordinaire essentiellement révocable¹. Dans ce cas, il y a lieu à l'application du droit commun en matière de mandat.

En résumé suivant l'acte où il est stipulé, le mandat est révocable ou irrévocable; mais c'est la seule différence qui se puisse percevoir; le mari est un mandataire pour un temps plus ou moins limité; mais il n'est que cela.

Quelle que soit l'origine du mandat : clause du contrat de mariage ou mandat postérieur au contrat, trois questions se posent. Quelle sera l'étendue des pouvoirs donnés par la femme, quelle en sera la nature et quelle sera la responsabilité du mari ?

a) L'étendue des pouvoirs du mari dépendra essentiellement des termes du mandat et de l'intention de la mandante. La plus grande liberté est laissée ici aux parties dans la limite de la capacité de la femme. C'est ainsi que la Cour de Cassation a validé la condition fixée par la femme au

1. Cassat., 31 mars 1879, D. 79. 1. 425.

mari de capitaliser l'excédent des revenus de la femme, après prélèvement de sa contribution aux charges du ménage et de lui payer l'intérêt à cinq pour cent de ces sommes capitalisées¹.

Conformément à l'article 1989, le mari doit se conformer strictement aux pouvoirs qui lui sont donnés par la procuration; tous les actes passés par le mari en dehors de son mandat seraient nuls comme émanés d'une personne sans qualité pour les accomplir, et ces actes ne sauraient engager la femme vis-à-vis des tiers².

b) Quant à la nature des pouvoirs que la femme peut insérer dans le mandat, aucune prohibition n'est apportée par la loi, la femme fait donner mandat à son mari de faire tous les actes qu'elle-même serait habile à faire sans autorisation. Généralement ce mandat ne comportera que des pouvoirs de simple administration (art. 1988). Si la femme veut donner le pouvoir d'aliéner, ou de faire tout autre acte de disposition, elle devra recevoir de son mari une autorisation spéciale d'aliéner.

La Cour de Chambéry (19 février 1861, S. 1861. I. 282), avait adopté une solution inverse et elle admettait qu'il suffisait, pour la validité des actes dépassant la capacité de la femme, que l'autorisation du mari vînt se superposer au moment de la signature de l'acte d'aliénation ou d'obligation du mandat donné par la femme.

La Cour de Cassation n'a pas admis cette doctrine : elle décide que la mandante doit être capable de faire elle-même les actes qu'elle donne le pouvoir d'accomplir en son nom; d'où pour la femme, la nécessité de faire intervenir son mari dans la procuration qu'elle lui donne afin de recevoir de lui l'autorisation spéciale de faire les actes qu'elle le charge d'exécuter en son nom³.

1. Cass., 15 juin 1868; S. 1868. I. 400. Dans ce sens, Guillouard, t. III, n° 1683.

2. Cassat., 13 juin 1877, D. 77. I. 384; S. 77. I. 409

3. Cass., 10 mai 1853; S. 53. I. 572; Civ. Cassat., 15 février 1853; S. 53. I. 145.

c) Quelle est la responsabilité du mari ? et quel compte la femme peut-elle exiger de lui ? L'article 1577 répond que si la femme a donné « sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire ».

L'article 1577 exige donc que la charge de rendre compte ait été stipulée dans la procuration pour que le mari soit obligé de rendre son compte aussi rigoureux que tout autre mandataire¹. Toutefois cette obligation n'a pas besoin d'être exprimée en termes sacramentels² et les tribunaux peuvent en apprécier l'existence. Ainsi la Cour de Cassation a confirmé un arrêt de la Cour d'Alger qui avait considéré comme contenant une obligation de rendre compte imposée au mari mandataire, une clause insérée dans un contrat de mariage et constatant « que la future épouse se constituait diverses valeurs, notamment 12.000 francs en deniers comptants ou valeurs et créances d'un recouvrement certain ainsi qu'elle en a justifié au futur époux ; que de son apport franc et quitte de toutes charges la future épouse avait donné connaissance au futur époux qui l'avait reconnu et s'en était chargé. »

Cette obligation de rendre compte n'existera pas dans une procuration qui ne l'exprimera pas ; le mari se trouvera alors dans la situation prévue par l'article 1539, et il ne sera comptable que des fruits existants au jour de la demande formée par la femme ou au jour de la dissolution du mariage. Mais, dans ce cas, comme dans tous les autres ainsi que nous le verrons plus loin, le mari qui administre les biens de sa femme et qui en jouit est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier³.

1. Delvincourt, t. III, p. 99 ; Troplong, n° 2298.

2. Guillouard, III, n° 1683 et IV, n° 2182 ; Troplong, III, 2298 et 2299 ; Rodière et Pont, III, n° 1980 et 1984 ; Aubry et Rau, VIII, § 516 et 532, texte et note 1.

3. Toullier, XIV, n° 361 ; Bellof des Minières, IV, 309 ; Rodière et Pont, III, 1980 ; Troplong, IV, 3707 ; Aubry et Rau, VIII, § 541, texte et note 14 ; Duranton, XV, 582 ; Guillouard, IV, 2182.

II. — Une seconde situation peut se présenter : le contrat de mariage est muet et ne contient aucun mandat conféré par la femme au mari. Aucune procuration n'est rédigée postérieurement au mariage mais, en fait, la femme confiante en son mari lui remet l'administration de ses biens. Nous nous trouvons alors dans l'hypothèse prévue par l'article 1539, hypothèse reprise et précisée par l'article 1578.

Il y a là comme une sorte de mandat tacite conféré par la femme au mari ; la femme abandonne à son mari le soin de ses intérêts ; elle le laisse percevoir les revenus et en faire tel emploi qu'il juge bon. Elle pourrait l'en empêcher. Elle ne le fait pas, c'est donc une approbation tacite que ce silence.

Et c'est précisément dans cette interprétation qu'il faut chercher l'explication de cette règle de l'article 1539 d'après laquelle le mari ne doit représenter que les fruits existants sans être nullement tenu de rendre compte des fruits consommés. La femme après avoir assisté sans mot dire à la gestion de ses biens par son mari, à la perception et à l'emploi des revenus par lui serait mal venue à protester par la suite et à demander des restitutions. De plus, il a paru inutile aux rédacteurs du Code de laisser se créer là une source de procès entre époux¹. En conséquence, les fruits sont présumés avoir été dépensés dans l'intérêt du ménage, sans que le mari en doive compte (Note de Naquet sous Sirey, 1902. 1. 73.)

a) Mais quelle va être la portée de cette présomption ? D'après l'opinion généralement admise cette règle de l'article 1539 paraît être une présomption absolue qui n'admet point la preuve contraire ; la femme ne serait donc pas admise à prouver que le mari a dépensé les fruits dans son intérêt personnel² et nulle récompense ne peut être réclamée de ce chef.

Cette règle a été appliquée par la Cour de cassation³ dans

1. Locré, XIII, p. 298.

2. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, p. 101, t. III ; Aubry et Rau, t. VIII, § 541, texte et note 16 ; Guillouard, IV, 2184.

3. Req., 19 octobre 1842, D. 43. 1. 7.

un cas où la femme remariée en secondes nocces avait des enfants d'un premier lit, et elle a décidé que le mari n'avait pas plus à rendre compte aux enfants du premier lit de sa femme qu'il n'était tenu de rendre compte à celle-ci,

Mais par un autre arrêt du 24 avril 1855 (D. 1855. 1. 155), la Cour a décidé que le mari qui a touché au nom de sa femme et par suite notamment d'une liquidation de succession, un capital accru des intérêts de plusieurs années est comptable de ces intérêts comme du capital, car dans ce cas les intérêts conservés avec le capital ne peuvent être présumés avoir été consommés pour le soutien des charges du ménage.

Mais s'il n'y a pas de preuve possible pour établir le mauvais emploi ou le détournement des fruits perçus par le mari, y a-t-il néanmoins possibilité de prouver qu'il existe encore des fruits ou des revenus, et qu'entend-on exactement par fruits consommés et fruits existants.

b) Là, en effet, s'arrête la présomption de l'article 1539 qui ne s'étend qu'à la consommation des fruits consommés; et il appartient à la femme ou à ses héritiers de démontrer l'existence des fruits ou des revenus qu'ils réclament comme existants; mais quel est le critérium de la distinction entre fruits consommés et fruits existants ?

La Cour de Cassation dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 janvier 1860 (S. 60. 1. 264; D. 60. 1. 66) décide : « Attendu qu'aux termes de l'article 1539 du Code Napoléon lorsque la femme séparée a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu soit sur la demande que la femme lui a faite, soit à la dissolution du mariage qu'à la représentation des fruits existants et n'est pas responsable des fruits consommés jusqu'alors. Que le législateur a voulu par cette disposition faire cesser les difficultés auxquels donnent lieu les recherches souvent blessantes pour le mari, de l'emploi qu'il avait fait des revenus de sa femme. Attendu que les fruits ne sont censés existants dans le cas de l'article 1539 que lorsqu'ils sont en *nature* dans les mains du mari ou dans sa succession ou que s'ils ont été vendus, le prix en est

encore dû; qu'ils sont considérés comme consommés lorsqu'ils ont cessé d'être en la possession du mari et que celui-ci en a fait l'emploi. »

Aux termes de cet arrêt, les « fruits existants » de l'art. 1539 sont donc seulement ceux qui existent en nature au moment de la dissolution du mariage ou de la demande de la femme, ou ceux qui, ayant été vendus, sont encore représentés dans le patrimoine du mari par une créance du prix ou par des obligations ou des reconnaissances souscrites par les débiteurs au profit de ces derniers et non encore soldées. Si le prix de vente des fruits avait été touché par le mari, il serait confondu dans l'ensemble de son patrimoine.

Un arrêt de la Cour de Cassation plus récent en date du 18 juin 1908¹ décide « que les fruits ne sont censés existants que lorsqu'ils sont en nature dans les mains du mari ou dans sa succession ou que le prix en est encore dû s'ils ont été vendus; sont, au contraire, considérés comme consommés les fruits qui ont cessé d'être en la possession du mari ou que celui-ci a employés en son nom. Il n'y a donc pas lieu de rechercher l'origine de valeurs déposées par le mari dans une banque et que la femme prétend avoir été acquises avec les revenus de ses paraphernaux. » Il faut noter, ainsi que le remarque M. Charmont dans sa note sous cet arrêt que cette question sur laquelle la Chambre civile était appelée pour la première fois à prendre parti a été considérée par elle comme une de ces difficultés déjà tranchées sur lesquelles on ne revient pas : la décision rendue sans discussion préalable en Chambre du Conseil emprunte presque textuellement ses motifs à l'arrêt de la Chambre des requêtes du 17 janvier 1860, précité.

La jurisprudence semble donc fixée en cette matière et malgré les protestations encore soulevées en doctrine à ce sujet, on peut considérer la question comme tranchée pratiquement.

Le mari ne peut donc jamais devoir d'autre compte que

1. D. 1908. 1. 325.; S. 1910. 1. 369 et note de M. Charmont.

celui des fruits naturels ou de leur représentation par une créance, car pour les fruits civils lors de leur perception, il se produit la même confusion que celle qui se produit au moment où est encaissé le prix des fruits vendus.

Toutefois sont encore considérés comme fruits existants les fruits naturels encore entre les mains du mari, même s'ils sont confondus avec ceux qui lui appartiennent à lui personnellement. C'est ainsi qu'un arrêt de Cassation du 28 août 1837¹ décide qu'une femme réclamant dans la succession de son mari les fruits existants de ses biens paraphernaux n'est pas tenue d'établir la distinction de ces fruits *in specie*; il suffit que les juges déterminent pour quelle quotité les fruits des biens de la femme entrent dans la masse et lui adjugent cette quotité.

Toutes ces questions tranchées par une jurisprudence définitive ne sont guère plus discutées; seul, ainsi que nous l'indiquons tout à l'heure, en commentant l'arrêt de la Chambre civile du 18 juin 1908, un point reste l'objet de controverses intéressantes; il s'agit de la différence faite entre le cas où le prix de vente est encore dû par l'acquéreur et celui où il a été encaissé par le mari; fruit existant dans le premier cas; fruit consommé dans le second. Cette différence a paru parfois peu logique; elle mérite quelque attention.

« La seule confusion qu'il y ait entre les deux hypothèses, écrit M. Naquet², c'est que le prix versé entre les mains du mari tombe dans la masse de ses biens; mais « confusion » n'implique pas « consommation » comme la Cour de cassation l'a proclamé elle-même à propos des fruits en nature (arrêt précité de 1837). Dès l'instant que les fruits existent en équivalent, on ne peut dire qu'ils ont été consommés.

Les auteurs qui ont fait une distinction entre le prix dû et le prix payé se sont beaucoup trop attachés à l'idée que la créance du prix est représentative des fruits. Cette idée est

1. S. 1837. 1. 866.

2. Note au Sirey sous arrêt, 1902. 1. 73.

exacte, mais elle est secondaire, car ce qui domine la question ce qui est essentiel, ce n'est pas de savoir s'il y a eu ou non confusion, c'est de rechercher si les fruits ont été ou n'ont pas été dépensés. Or, ils n'ont pas été dépensés lorsqu'une valeur équivalente se trouve dans les biens du mari. Ce que nous pouvons dire des fruits naturels vendus doit être observé quant aux fruits civils (loyers, fermages, intérêts, arrérages), touchés par le mari, mais non dépensés. » —

La jurisprudence repousse cette théorie malgré toute la logique du raisonnement sur lequel elle s'appuie; elle va même jusqu'à décider que le mari n'est pas comptable des économies que le mari a pu faire sur les revenus des biens dont sa femme lui a laissé la jouissance et dont il a employé la valeur en acquisitions faites sous son nom personnel. Elle s'élève ainsi contre la théorie qui voudrait considérer comme existants tous les fruits dont on pourrait retrouver l'équivalent dans la fortune du mari.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Pau du 12 avril 1859¹ dit que les fruits sont évidemment consommés puisqu'ils ont été perçus, employés, qu'ils ont changé de nature et que leur trace matérielle s'est effacée dans les mains de celui qui les a recueillis. Cette pensée de la loi ressort d'une façon manifeste de ces mots qui se trouvent dans son texte : « la *représentation des fruits existants* ». Ils ne peuvent s'appliquer qu'à des choses qui subsistent actuellement telles qu'elles ont été produites et n'ont pas donné lieu à un emploi, à une appropriation personnelle de la part du mari ». L'arrêt continue en déclarant qu'on ne saurait opposer que la loi naturelle ne veut pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui et que cette solution serait injuste pour la femme; ce n'est en effet qu'avec le consentement de la femme que le mari a pu disposer de ses revenus et dès lors, aucun principe n'est violé. Le consentement de la femme séparée de biens ne fait d'ailleurs ici

1. S. 1859. 2. 196. Cet arrêt fut l'objet d'un pourvoi rejeté par arrêt de la Chambre des requêtes, du 17 janvier 1860 précité.

que ce que la loi elle-même admet sous le régime dotal où le mari peut s'enrichir avec les économies qu'il réalise sur les revenus de la dot. Enfin le système contraire serait une *source de discussion et de recherches compromettantes et blessantes pour le mari sans compter la difficulté de distinguer* si l'accroissement de la fortune du mari ne provient pas de ses ressources personnelles autant que de l'administration des biens de la femme.

Telle est la théorie de la jurisprudence; elle consacre l'entière indépendance de gestion du mari dans le cas prévu par l'article 1539. Cette jurisprudence semble s'être affirmée à nouveau dans le même sens, en décidant le 28 janvier 1901¹ que les termes de l'article 1539 portant que le mari, à qui la femme séparée a laissé la jouissance de ses biens n'est comptable sur la demande de la femme que des fruits existants et non des fruits consommés sont généraux et ne comportent pas d'exception en cas d'indivision (entre le mari et la femme) des immeubles dont la femme a laissé la jouissance à son mari.

Les auteurs sont divisés sur cette question²; la jurisprudence est unanime et là apparaît en pleine lumière l'intérêt de stipuler une société d'acquêts qui évitera à la femme le risque toujours possible de voir ses revenus employés au mieux des intérêts du mari, mais à son détriment personnel.

Une question se pose encore au sujet de la définition des fruits existants. Faut-il y comprendre les fruits industriels ? Dans l'arrêt de 1901, la Chambre des requêtes a décidé que « doivent être considérés comme fruits dans le sens de l'article 1539 les produits dans leur intégrité des immeubles de la femme ou des immeubles indivis entre le mari et la femme, encore que la femme participe à l'exploitation des dits immeubles. Dans l'espèce qui lui était soumise, il s'agissait incontestablement de produits industriels distincts des sim-

1. S. 02. 1. 73, avec note de M. Naquet.

2. Dans le sens de la jurispr., Guillaouard, III, 1685; Laurent, XXIII, 453. En sens contr., Naquet, note précitée; Rodière et Pont, III, 1982.

ples revenus de la propriété puisqu'il y avait gestion commune d'hôtel, et que de cette gestion résultaient des bénéfices, produits de l'industrie des deux époux.

Une controverse s'éleva à la suite de cette décision et dans sa note, Naquet s'élevait contre cette confusion faite par la Cour suprême de l'industrie et des fruits proprement dits qui, disait-il, présentent le double caractère « d'être le produit d'une chose ou d'un droit de créance et d'être destinés à servir de revenu ». Depuis cet arrêt, la loi de juillet 1907 a fait des produits de l'industrie de la femme une catégorie de revenus soumis à un régime particulier et nous ne croyons pas qu'on puisse les considérer aujourd'hui comme rentrant dans les fruits existants de l'article 1539.

En tout cas le mari est légalement présumé avoir dépensé dans l'intérêt commun les fruits ou revenus consommés. Non seulement, il n'est tenu de fournir aucune justification, mais encore toute action de la femme tendant à démontrer que ses revenus ont été employés en dépenses personnelles du mari est irrecevable.

Quelque soin qu'aient eu les rédacteurs du Code de vouloir écartier entre époux, dans la situation prévue par l'article 1539 toute contestation, il n'en résulte pas moins assez souvent des règlements de compte entre eux, relativement à la jouissance des biens tacitement abandonnés par l'épouse à son mari.

c) Et ceci conduit à l'examen d'une dernière question dans l'étude de cette situation de fait résultant de l'abandon tacite par la femme au mari de ses pouvoirs administratifs : le mari a pu au cours de son administration faire des dépenses; il s'agit de savoir *qui* le remboursera et *ce dont il peut* demander le remboursement.

L'article 1580 donne la réponse : « le mari qui jouit des biens paraphernaux est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier ». Cette réponse assez vague ne va pas sans quelques difficultés; certains points sont certains; d'autres sont discutés. Nous retrouvons-là, en effet, la distinction entre les

dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires et chacune de ces dépenses mérite un bref examen.

Nous n'entrerons pas dans la définition et l'étude de ces trois catégories de dépenses en général. Signalons simplement un arrêt récent de la Cour de cassation du 9 février 1914¹, décidant que l'application des juges du fond sur le caractère de nécessité ou d'utilité des dépenses faites par un mari sur des immeubles de sa femme est souveraine et qui ajoute que si les dépenses doivent être considérées à l'avis de ces juges comme des dépenses utiles et non comme des dépenses nécessaires, le mari ne peut réclamer que le montant de la plus-value qu'elles ont procurée aux immeubles. Cette solution nous conduit à l'étude du montant des remboursements dus au mari.

Il est tout d'abord incontesté que le mari ne saurait réclamer le remboursement des dépenses qui sont à la charge des fruits, tels que impôts, réparations d'entretien, intérêts des dettes, arrérages des rentes.

Cette solution est parfaitement équitable : le mari n'est pas tenu comme un simple mandataire de rendre compte de l'emploi des revenus personnels de la femme ; il est naturel qu'il ne puisse par contre rejeter sur elle des dépenses qui régulièrement doivent être couvertes par des revenus dont il a la libre disposition.

On admet même contrairement à l'article 548 du Code civil qu'il n'est pas dû d'indemnité au mari pour les frais de culture des immeubles ruraux. L'article 1578, dit-on, établit un forfait entre le mari et la femme à propos des fruits, le mari n'en doit pas compte, mais la femme ne lui doit pas récompense des travaux de préparation de la récolte même s'il ne l'a pas faite².

De même il est admis sans discussion que le mari pourra totalement se faire indemniser du coût des grosses répara-

1. D. 1917. 1. 182. Cet arrêt statue en matière de communauté.

2. Guillouard, IV, 2188; Grenoble, 12 janvier 1831; S. 1832. 2. 61.

tions qu'il aura été amené à faire dans les immeubles de la femme. Ce sont là des travaux nécessaires. Mais il y aurait lieu à réduction de l'indemnité, s'il était établi que les revenus de la femme ont servi en partie ou en totalité à couvrir ces dépenses nécessaires¹.

Mais le doute commence avec la question du remboursement des dépenses utiles. Peut-on appliquer au mari l'article 599 du Code civil relatif à l'usufruitier et lui interdire en conséquence de réclamer à la cessation de l'usufruit aucune indemnité pour les améliorations faites par lui sur les biens de sa femme.

On admet généralement contrairement à l'article 599 du Code civil, le principe de remboursement : on considère que le mari a agi du consentement tacite de sa femme, et qu'à ce titre celle-ci ne saurait se dérober à indemniser le mari pour des actes dont elle aura été le témoin consentant. Mais le mari obtiendra-t-il le remboursement intégral ou n'aura-t-il droit qu'au montant de la plus-value produite par ces améliorations ? (Nîmes, 24 mai 1849, S. 49. 2. 644, D. 49. 2. 106).

On a parfois admis que le mari a droit comme pour les impenses nécessaires, au remboursement intégral de ses dépenses utiles. Un arrêt de la Cour de cassation du 6 août 1878 (S. 1881. 1. 76, dans le même sens, Aix, 28 mai 1874, S. 1875. 2. 42.); décide que « si le mari a fait élever des constructions et exécuter des travaux utiles sur l'immeuble paraphernal, il a droit au remboursement de ce que les travaux ont coûté et non pas seulement de ce qu'ils valent au jour du remboursement ». Certains auteurs² ont discuté la portée de cet arrêt et inclinent eux-même à penser que seule est due au mari une indemnité correspondant à la plus-value qui résulte de l'amélioration faite par lui. Toute autre solution, en effet, serait en opposition avec les principes généraux écrits dans

1. Aubry et Rau, VIII, § 541, texte et note 19; Guillouard, IV, 2189; Baudry-Lacantinerie, III, p. 103; Aix, 28 mai 1874, S. 1875. 2. 42.

2. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, III, p. 104.

l'article 555 du Code civil pour le possesseur de bonne foi. La base du droit du mari ne peut être que l'enrichissement du propriétaire sur l'immeuble de qui les travaux ont été effectués¹. C'est ce que décide en matière de communauté l'arrêt de 1914 précité.

Il faut, d'ailleurs, ajouter que dans la majorité des cas, il il y a lieu de tenir compte de circonstances particulières : la femme a pu dans une certaine mesure consentir à la dépense, voire même la conseiller ou la demander. D'autre part, les revenus de la femme ont pu être employés à l'acquit de la dépense engagée. De là des nuances que les juges s'appliquent d'ailleurs à saisir, et des situations délicates qu'ils s'attachent à régler sans recherches trop minutieuses, en prenant en considération la bonne foi du mari et la bonne harmonie du ménage et en se montrant large, dans l'appréciation des preuves qui leur sont fournies (arrêt précité du 5 août 1878).

Si le mari a fait sur les immeubles de sa femme des impenses purement voluptuaires, il n'a droit à aucune indemnité aux termes du droit commun. On a cité comme adoptant une solution contraire, un arrêt de la Cour d'Aix du 28 mai 1874². Mais l'interprétation donnée à cet arrêt est vivement contestée par M. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville³. Dans cette espèce, la femme avait fait en l'absence de son mari pour 50.000 francs d'améliorations, et lorsque le mari était présent, il gérait les biens de son épouse sous la « direction certaine, constante et omnipotente de celle-ci ». Le mari considérant que les travaux avaient été commandés par sa femme et qu'il n'avait fait que les diriger et les payer demandait le remboursement intégral de ses dépenses. On ne peut dire qu'il s'agisse là de dépenses voluptuaires effectuées par le mari, et l'arrêt cité ne peut donc contredire l'opinion tra-

1. Aubry et Rau, VIII, § 541, texte et note 18; Rodière et P91t, III, 1989; Guillaouard, IV, 2189.

2. S. 75. 2. 42.

3. *Contrat de mariage*, III, p. 106.

ditionnelle que les impenses voluptuaires sont à la charge de l'usufruitier.

Mais du fait de ces avances consenties par le mari à la femme, il peut être dû des intérêts et il s'agit de savoir à partir de quelle date courent ces intérêts. Le droit commun entre époux est formulé par l'article 1479 « les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre ne portent intérêt que du jour de la demande en justice ». C'est d'ailleurs la thèse de la jurisprudence dans l'arrêt précité de la Cour d'Aix du 28 mai 1874.

De cette situation de fait va résulter une autre conséquence; la femme en abandonnant au mari la jouissance de ses biens personnels est réputée lui donner certains pouvoirs d'administration. Dans la limite de ces pouvoirs, les actes passés par le mari avec les tiers engagent la femme ou lui profitent comme si elle les avait faits elle-même.

Ses fermiers, ses locataires, ses débiteurs se libéreront valablement entre les mains du mari et sur les quittances signées de lui seul, de leurs fermages, de leurs loyers, ou des intérêts de leurs dettes. La femme ne pourrait en toute hypothèse avoir de recours que contre son mari.

Celui-ci aurait aussi qualité pour faire les actes conservatoires peut-être même pour consentir des baux à court terme¹. Cependant les tiers feront bien d'exiger le concours de la femme.

D'après l'opinion générale, il ne pourrait recevoir le remboursement des capitaux dûs à sa femme que si celle-ci lui avait remis ses titres de créances ce qui équivaldrait à un mandat tacite. Les quittances délivrées alors par lui seraient libératoires pour les débiteurs. La réception par le mari d'un capital mobilier dû à sa femme ou même son simple concours à la réception de ce capital par celle-ci ont d'ailleurs pour le mari des conséquences particulières.

Les créanciers personnels du mari n'auront néanmoins

1. Contra, Rodière et Pont, III, 1983

aucun droit de saisie sur les revenus de la femme perçus par le mari. C'est ce que nous dit en termes intéressants un arrêt de la Cour de Dijon que nous avons déjà mentionné¹ : « Attendu qu'il est constant au procès que les époux D... ont stipulé comme principe de leur association conjugale, le régime de la séparation de biens; que, par suite et comme conséquence, les revenus des propres de la dame D... échappent aux droits de propriété du mari, par conséquent aux poursuites des créanciers personnels de ce dernier et qu'admettre que les créanciers personnels du mari peuvent saisir les revenus de la femme avant même qu'ils ne soient échus et les détourner ainsi de leur destination légale, ce serait vicier dans son essence le caractère du contrat de mariage qui a édicté le régime de la séparation de biens entre époux. »

Le mari, en effet, n'acquiert ces revenus qu'en les consommant ou tout au moins en les transformant puisqu'il doit compte des fruits existants. Cependant une fois ces revenus transformés et confondus dans le patrimoine du mari, ils en font partie intégrante et l'on doit admettre alors le droit de poursuite des créanciers personnels du mari.

III. — Une dernière situation doit être envisagée : le mari a pris et conserve la jouissance des biens de sa femme malgré l'opposition constatée de celle-ci.

L'article 1579 prévoit et réglemente ce troisième et dernier cas : « Si le mari a joui des biens paraphernaux malgré l'opposition constatée de la femme, il est comptable envers elle de tous les fruits tant existants que consommés ».

Trois questions se posent dans l'étude de cet article :

a) L'article 1579 met une condition première à la mise en jeu de cette responsabilité du mari : il faut que la femme ait fait une opposition constatée à la continuation de la gestion de son patrimoine par son mari.

Mais quand y aura-t-il opposition constatée de la part de

1. Dijon, 21 avril 1869, S. 1869. 2. 200.

la femme ? Nos anciens auteurs, des arrêts déjà anciens¹ et de nombreux interprètes² du Code civil exigeaient un acte judiciaire. Mais la plupart des auteurs récents³ ainsi que la Cour de cassation se montrent plus conciliants et se contentent d'une preuve écrite quelconque, mais manifestant nettement la volonté de la femme.

Ainsi dans un arrêt du 13 novembre 1861⁴, la Cour de cassation décide « qu'il n'est point nécessaire que l'opposition de la femme soit constatée par un acte judiciaire, mais qu'elle peut résulter de toute preuve écrite témoignant de la résistance de la femme et de l'usurpation du mari. » La loi en effet veut une démonstration de la résistance de la femme et la constatation en est mise à la charge de celle-ci conformément au droit commun. Il suffit d'ailleurs que l'usurpation du mari soit bien caractérisée surtout à ses débuts ; la femme a pu, par la suite, garder le silence pour maintenir la paix dans le ménage⁵.

Mais unanimement⁶ l'on exige une preuve écrite de cette opposition ; et l'on repousse la preuve testimoniale même au-dessous de 150 francs. Au contraire, une sommation par acte d'huissier, une notification par acte notarié, une citation en justice de paix satisfont à l'article 1579. Une lettre même suffirait : mais la représentation de cette lettre par le mari ou ses héritiers peut être difficile à obtenir.

Malgré la nécessité d'une preuve écrite, un point reste soumis à l'approbation des tribunaux, c'est celui de savoir si l'opposition a été connue du mari, puisque tout en admettant une preuve écrite quelconque, on ne peut exiger une notification. Quoi qu'il en soit, il est impossible d'imposer

1. Toulouse, 14 mai 1836, S. 1837. 2. 282.

2. Toullier, XIV, n° 364; Malleville sur Part. 1579; Bellot des Minières, IV, p. 310; Rodière et Pont, III, n° 1984; Benoît, *Des paraphernaux*, n° 80.

3. Troplong, IV, n° 3714; Demante et Colmet de Santerre, VI, n° 250 bis, II; Guillaouard, IV, n° 2192; Aubry et Rau, VIII, § 541; Huc, IX, n° 404.

4. D. 1861. I. 367.

5. Cassat. 31 mars 1879, S. 80. I. 425; D. 79. I. 425.

6. Malleville sur Part. 1579; Duranton, XV, n° 583; Sériziat, n° 365; Odier, IV, n° 1493; Troplong, IV, n° 3714; Rodière et Pont, III, n° 1984; Aubry et Rau, VIII, § 541; Guillaouard, IV, n° 2192.

à la femme aucune règle de forme; il suffit que la femme ait manifesté sa ferme volonté de reprendre la jouissance de ses biens.

b) La deuxième question porte sur la rigueur avec laquelle le compte de gestion peut être exigé du mari qui malgré l'opposition constatée a continué à gérer les biens de sa femme et à en percevoir les revenus. Cette rigueur est la plus grande qui puisse être exercée contre un mandataire porteur d'une procuration contenant les clauses les plus sévères; il s'est rendu coupable d'un abus de pouvoir et il devient comptable envers la femme de tous les fruits tant existants que consommés.

En conséquence, il doit faire état à la femme ou à ses héritiers de tous les revenus perçus par lui tant existants que consommés; il est responsable de sa faute la plus légère; si les fruits ont péri en entier; il en doit la valeur à moins qu'il ne puisse prouver qu'ils eussent péri de même entre les mains de sa femme; il doit de même compte de leur dépréciation et des détériorations qu'il sont subies. Possesseur de mauvaise foi, il est responsable non seulement des fruits perçus, mais de ceux qu'il eût pu percevoir par une meilleure gestion.

Le mari responsable dans ces conditions pourra toutefois imputer sur le montant de ses restitutions la part contributive de la femme dans les dépenses du ménage, telle qu'elle est fixée par l'article 1537 ou par le contrat de mariage. La femme est, en effet, débitrice envers le mari de cette contribution, et il se produit entre les créances respectives des époux une compensation à due concurrence.

Il peut aussi déduire toutes les autres créances qu'il peut avoir contre sa femme à raison de sa gestion, telles que frais d'entretien des immeubles, impôts, frais de culture et de récoltes. Ces frais et ceux de même nature qui sont supportés d'ordinaire par les fruits doivent être à la charge de la femme et il serait injuste de les faire supporter au mari puisque d'autre part, il doit rendre compte de la totalité des fruits qu'il a perçus.

c) Enfin une dernière question se pose, c'est celle de la validité des engagements pris par le mari depuis l'opposition constatée de sa femme. Il a pu conclure des contrats avec des tiers, recevoir d'eux des paiements de loyers, de fermages, et d'intérêts. Ces actes seront-ils opposables à la femme.

En principe, vis-à-vis des tiers de bonne foi, et dans la limite des pouvoirs qu'il aurait, s'il gèrait avec le consentement de sa femme, le mari est toujours présumé représenter sa femme et agir comme son mandataire. Les actes qu'il accomplit engagent donc celle-ci. Les tiers, en effet, sont censés ignorer l'opposition faite par la femme : cette opposition n'étant soumise à aucune formalité de publicité, les tiers ne peuvent être en faute de l'ignorer. Ce sera à la femme de prouver que les tiers sont de mauvaise foi et qu'en fait ils ont eu connaissance de son opposition. A cette condition, la femme pourra opposer aux tiers les actes consentis par son mari, sans que celui-ci ait eu qualité pour les accomplir. Mais en face de tiers de bonne foi, la femme reste responsable et valablement engagée par son mari, surtout si elle avait la possibilité de les prévenir et qu'elle ait gardé le silence.

Telles sont les trois situations de fait où la femme peut se trouver si elle ne conserve pas et n'exerce pas par elle-même les pouvoirs qui lui sont conférés par le régime qu'elle a choisi.

Nous y avons insisté, bien qu'à proprement parler ils n'entrent pas sous forme de clause dans la rédaction du contrat de mariage; mais ces situations résultent directement de l'adoption du régime de séparation; elles sont une conséquence de la capacité reconnue à la femme et se rapprochent de notre chapitre II.

De plus, cette étude met en relief l'intérêt d'une clause de société d'acquêts qui sans donner au mari le droit de jouissance et d'administration assure à la femme une participation à la gestion de son patrimoine abandonnée en fait à son mari au cours du mariage.

§ II. — DE LA RESPONSABILITÉ DU MARI A L'OCCASION DE SON CONCOURS AUX ACTES DE SA FEMME. — Si la plupart des contrats de mariage sont muets sur les conséquences de l'immixtion du mari dans la perception des revenus de la fortune de la femme, ils s'expriment clairement et parfois abondamment sur la responsabilité du mari pour le concours qu'il prête aux actes de sa femme.

Perception de revenus, peu importe ! déclarent les époux ou leurs parents au moment toujours facile de la rédaction du contrat : mais réception de capitaux, aliénation d'immeubles, voilà qui compromet l'intégrité du patrimoine de la femme et qui peut permettre au mari de profiter de l'argent liquide provenant de ces diverses opérations.

C'est pourquoi les contrats de mariage stipulent en termes exprès l'application de l'article 1450 du Code civil et soumettent le mari à l'obligation de l'emploi et du remploi.

L'article 1450 dit : « Le mari n'est point garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné sous l'autorisation de la justice, à moins qu'il n'ait concouru au contrat ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été reçus par lui ou ont tourné à son profit.

« Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi si la vente a été faite en sa présence et de son consentement ; il ne l'est point de l'utilité de cet emploi. »

Notons tout de suite que cet article 1450 édicté en matière de séparation de biens judiciaire a été étendu par la jurisprudence et la doctrine à la séparation de biens contractuelle et même aux biens paraphernaux de la femme dotale : « Attendu, dit la Cour de Cassation¹, que l'article 1450 bien que formulé parmi les dispositions relatives au régime de la communauté, n'est pas particulier à ce régime, qu'il dérive de la nature même de la société conjugale et des rapports des époux entre eux, que la responsabilité du mari en pareil cas

1. Cassat., 27 avril 1852, D. 1852. 1. 162 ; Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville, Du contrat de mariage*, III, p. 125, texte et note 1 et 2.

est la conséquence légitime de l'autorité qui lui est attribuée par l'article 217 et des devoirs de surveillance et de protection qu'elle lui impose».

Il faut ajouter que cet article 1450 n'est pas sans avoir soulevé quelques controverses et les clauses stipulées dans ces contrats ont pour but tout en protégeant la femme de fixer le sens dans lequel ils entendent l'interpréter.

Ainsi nous lisons : « Le futur époux ne sera aucunement responsable des sommes qui pourront être touchées par la future épouse hors sa présence pendant le mariage soit pour le remboursement des capitaux, soit pour le prix de transferts, ventes ou cessions d'objets ou de valeurs et créances.

» Mais s'il concourt aux quittances, ou s'il consent à la vente des biens et droits mobiliers ou immobiliers, il ne sera déchargé envers la future épouse que par l'emploi des capitaux des prix de vente.

» Cet emploi devra pour sa validité être fait ou accepté par la future épouse et le futur époux ne sera responsable ni de sa conduite, ni de ses suites...

» La future épouse ou ses héritiers ou représentants seront garantis et indemnisés, par le futur époux ou sa succession à raison de tous engagements et dettes qu'elle aurait pu contracter avec lui ou pour lui pendant le mariage. »

Remarquons tout de suite que la clause porte : « s'il concourt aux quittances ou s'il consent à la vente ». Intentionnellement le rédacteur du contrat a élargi le texte de l'article 1450 qui dit : « Si la vente a été faite en sa présence et de son consentement »; ou tout au moins il a entendu consacrer l'interprétation extensive donnée par certains auteurs à ce texte.

Remarquons aussi que l'obligation d'emploi ou de remploi est expressément étendue aux droits et valeurs mobiliers, alors que l'article 1450 dans la rigueur du texte ne parle que des cas de ventes immobilières.

Enfin notons la garantie donnée à la femme pour tous engagements ou dettes contractés avec le mari ou pour lui pendant le mariage.

D'autres contrats moins sévères n'engagent la responsabilité du futur époux qu'« autant que les ventes et remboursements, auront eu lieu en sa présence et de son consentement (ce qui est le texte même de l'article 1450), c'est-à-dire dans le cas seulement où il aura concouru aux ventes, quittances, décharges, même pour simple autorisation maritale, étant bien entendu que, conformément à la jurisprudence, le consentement du mari donné par acte séparé sans concours de sa part aux ventes, quittances, décharges ne pourra jamais le rendre responsable du défaut d'emploi ou de remploi ».

Généralement, le futur époux n'est responsable que de la matérialité du remploi, mais non de son utilité, et les tiers n'ont aucune responsabilité : « Cet emploi devra pour sa validité être fait ou accepté par la future épouse, mais le futur époux ne sera responsable ni de sa validité, ni de ses suites... ».

Cette obligation de remploi ne concernera bien entendu que le futur époux ; elle ne concernera nullement, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les acquéreurs ou débiteurs de la future épouse qui n'auront le droit d'exiger aucune justification et n'encourront aucune responsabilité à ce sujet. »

Toutefois certains contrats édictent des mesures assez strictes pour réglementer les formes de l'emploi ou du remploi et rendent les tiers responsables de la matérialité de l'emploi dans les mêmes termes que sous le régime de communauté.

Ceci exposé, nous allons étudier l'effet de ces clauses conformément aux principes de l'article 1450. L'objet de cet article est en effet de rendre le mari garant du défaut d'emploi ou de remploi des deniers perçus en sa présence. Si à la dissolution du mariage, certains capitaux de la femme ne se retrouvent pas et qu'il ne soit pas justifié d'un emploi ou remploi de ces fonds, l'épouse a de ce chef une reprise à exercer sur les biens de son mari.

1^o Une première question se pose : quand y a-t-il responsabilité du mari ? La loi répond par l'art. 1450 al. 1^{er} : « Le mari n'est point garant du défaut d'emploi ou du remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné sous l'auto-

risation de la justice, à moins qu'il n'ait concouru au contrat ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été touchés par lui ou ont tourné à son profit. » Les clauses répondent sans faire allusion à l'autorisation de justice que le mari n'est pas responsable des sommes qui pourront être touchées par la future épouse hors sa présence pendant le mariage. L'autorisation de justice semble donc entrer dans ces cas de non-responsabilité, mais il s'agit de préciser : et nous allons, d'abord, envisager la responsabilité du mari au cas où la femme sur refus de celui-ci a eu recours aux tribunaux pour se faire autoriser à un acte n'entrant pas dans sa capacité de femme séparée.

Car l'art. 1450 décide qu'il y a responsabilité du mari, même lorsque la femme a eu recours à l'autorisation de justice quand il a concouru au contrat, ou qu'il a reçu les deniers provenant du prix de vente, ou encore quand il est prouvé que les deniers ont tourné à son profit.

En principe donc, si la femme a eu recours à l'autorisation judiciaire : pas de responsabilité du mari. En effet, cette autorisation a été donnée à la suite du refus du mari et après explications de celui-ci en Chambre du Conseil sur les motifs de ce refus. Le Tribunal a passé outre à ce refus et aux motifs qui en ont été donnés; on ne peut imposer au mari la responsabilité d'un acte qu'il a refusé d'autoriser et formellement désapprouvé.¹

Toutefois, il est normal d'engager cette responsabilité si le mari a touché les fonds provenant de l'aliénation. Son intervention était inutile pour percevoir ce prix; la perception des capitaux étant un acte d'administration rentrant dans la capacité de la femme séparée. Il ne peut non plus argumenter de la disposition de l'art. 1539 qui ne s'applique qu'aux perceptions de revenus.

De même le mari serait responsable si en définitive le prix

1. Laurent, XXII, n° 326.

avait tourné à son bénéfice; il y aurait enrichissement injuste du patrimoine du mari.

La majorité des auteurs¹, dans ces deux cas, mettent la preuve à la charge de la femme ou de ses héritiers; mais ils admettent que la preuve pourra s'établir par témoins ou par simples prétentions puisqu'il s'agit d'un simple fait motivant une récompense au profit de la femme contre le mari.

L'art. 1450, dans son alin. 1^{er} envisage un troisième cas où la femme sera responsable du défaut d'emploi ou de emploi même s'il y a eu vente sous autorisation de justice : c'est lorsqu'après son refus le mari intervient au contrat de vente. L'attitude du mari, dans cette hypothèse, présente une contradiction tout au moins bizarre; il accomplit là un geste inutile; sans doute ce geste peut être inspiré par un souci scrupuleux de protection et de sauvegarde des intérêts de la femme; mais il entraîne la responsabilité du mari; puisqu'il intervient alors que rien ne l'y oblige, il doit veiller jusqu'au bout aux intérêts de sa femme, et il devient du fait de cette intervention inattendue garant de l'emploi ou du remploi.

2^o Mais cette hypothèse d'autorisation de justice reste la moins fréquente et la plus simple; le point le plus intéressant pour nous et le plus fréquent en pratique, c'est l'autorisation donnée par le mari.

Dans cette hypothèse, nous dit l'art. 1450, le mari est responsable si la vente a été faite en sa présence et de son consentement; nous avons vu que cette condition de responsabilité du mari était particulièrement mentionnée dans les clauses des contrats de mariage et diversement stipulée : certains admettent la responsabilité dès le moment qu'il y a consentement; d'autres la limitent au cas où il y a consentement et présence à l'acte.

Un grand nombre d'auteurs² interprétant le texte de l'art.

1. Rodière et Pont, III, 2212; Aubry et Rau, VIII, § 516, texte et note 74; Laurent, XXII, 327; Guillouard, III, 1214; Baudry, III, p. 116.

2. Guillouard, III, 1212; Rodière et Pont, III, 2207; Troplong, II, 1447; Aubry et Rau, 5^e édit., VIII, § 516, texte et note 72.

1450 considèrent le mari comme reponsable, par le seul fait qu'il a autorisé sa femme à passer la vente sans toutefois concourir effectivement à l'acte. C'était la tradition de notre ancien droit et l'avis de Pothier; dans les travaux préparatoires, les rédacteurs du Code ne paraissent pas avoir entendu modifier cette tradition de l'ancien droit.

Mais une théorie contraire est soutenue, et Laurent est un de ses plus chauds partisans.¹ Le texte de l'art. 1450 est formel, disent-ils; il parle de la « présence du mari à l'acte et de son consentement ». Pour qu'il y ait responsabilité du mari, il faut donc que le mari soit présent à l'acte; sa simple autorisation ne suffit pas à engager sa responsabilité. C'est le texte même qui s'exprime ainsi; nous ne saurions en retrancher une partie et l'interpréter ensuite sans tenir compte de cette mutilation du texte. Donc, deux éléments sont indispensables pour qu'il y ait responsabilité du mari : consentement, c'est-à-dire autorisation donnée pour aliéner, et présence, c'est-à-dire concours effectif du mari à l'acte.

L'autorisation suffit pour habilitier la femme; une fois cette autorisation donnée, la femme perçoit le prix et en vertu de son droit d'administration, elle pourra peut-être le placer : dans ce cas, le mari ne saurait être responsable du défaut d'emploi. Au contraire, s'il concourt à la vente, il s'immisce dans la gestion du patrimoine de la femme et encourt les rigueurs de l'art. 1450.

En face de cette divergence d'interprétation du texte de l'art. 1450, on conçoit l'intérêt pour les parties de stipuler dans leur contrat de mariage les conditions de responsabilité du mari sans s'en remettre aux soins d'auteurs inconciliables et d'interprétateurs divergents.

Cette stipulation est d'autant plus utile que la jurisprudence a été longtemps hésitante et incertaine. Toutefois, il

1. Laurent, XXII, 329 et s. Dans le même sens, Bellot des Minières, II, p. 159 Marcadé sur l'art. 1450; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1524; Huc, t. IX, n° 284; Jonitou, *Etude sur le régime dotal*, t. II, n° 614.

semble qu'aujourd'hui la jurisprudence semble admettre la théorie défendue par Laurent et elle paraît fixée en ce sens. Nous allons exposer aussi brièvement que possible l'évolution de cette jurisprudence.

Avant la promulgation du Code civil, un arrêt de la Cour de Paris du 2 messidor an XI¹ confirmant par adoption des motifs un jugement du Tribunal de la Seine du 16 floréal an X posait le principe dans les termes suivants : « Attendu que dans le cas de séparation contractuelle des époux, l'action en remploi au profit de la femme n'est admissible que lorsqu'il y a preuve que le mari a reçu personnellement le prix des aliénations et les deniers du remboursement de la rente ou seulement présomption qu'il en ait profité; que cette responsabilité du mari ne peut naître du seul fait des autorisations données par lui pour habiliter sa femme à contracter puisque le besoin des affaires de sa femme peut rendre lesdites autorisations justes et nécessaires.

Un arrêt de 1848² vient décider que « aux termes de l'art. 1450 du Code civil alinéa 2, le mari est garant du défaut d'emploi ou de remploi des biens dotaux aliénés avec son concours et que l'autorisation donnée par lui à cette aliénation suppose son concours soit qu'il ait été présent à l'acte, soit qu'il n'y ait pas assisté. »

La portée de cet arrêt a été discutée, en raison des clauses du contrat de mariage sur lesquelles il statuait et qui tendaient à une large interprétation de l'art. 1450. Néanmoins l'attendu ci-dessus rapporté laisse paraître la théorie, que Laurent devait combattre énergiquement. Dans deux arrêts plus récents de la Cour Suprême cette théorie de la responsabilité encourue par le seul fait de l'autorisation a été écartée dans l'un pour n'admettre la responsabilité du mari que dans les cas où il autorise l'acte et où il y concourt, et au contraire admise dans le second.

1. Sirey, *Chronol.*, 1^{re} partie.

2. S. 48. 1. 501; D. 48. 1. 220.

L'analyse de ces deux arrêts permet dès maintenant d'apercevoir les bases diverses données à cette prescription du Code civil.

Le premier est plus exactement un arrêt de la Cour d'Angers du 5 Février 1890¹, contre lequel pourvoi fut formé. La Cour de Cassation rejeta le pourvoi en maintenant la décision des premiers juges : il y a corrélation intime, disait la Cour d'Appel entre les deux alinéas de l'art. 1450 et la loi assimile le concours du mari au contrat et sa présence à l'acte et leur attache la même présomption « parce que l'art. 1449 dont l'art. 1450 n'est que le corollaire remet à la femme séparée soit de corps, soit de biens, l'administration des biens qu'il lui appartiennent et n'exige l'autorisation du mari ou de justice que pour l'aliénation des immeubles, d'où il résulte que lorsque le mari a été présent à la vente pour laquelle sa seule autorisation est nécessaire, il est considéré par le législateur comme s'étant ingéré dans une administration dont il était légalement dépouillé ; la réception et l'emploi ou le remploi du prix n'étant plus un acte d'aliénation, mais un acte d'administration. » Il résulte de cet arrêt que le mari n'est garant du remploi que lorsqu'ayant donné son autorisation, il a ensuite assisté et concouru à l'acte, et cette responsabilité d'après l'arrêt est fondée sur une idée d'immixtion du mari dans l'administration des biens de sa femme.

Le second arrêt qui nous intéresse est d'une date très récente 21 janvier 1911². Il a été l'objet de longs commentaires dans les divers recueils de jurisprudence ; ces articles documentés et intéressants ont aidé à éclairer cette notion délicate de la responsabilité maritale.

Cet arrêt a poursuivi la même idée de corrélation entre l'art. 1449 et 1450. Dans cet arrêt, la Cour suprême décidait que si l'art. 1450 du Code déclare le mari garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix des biens aliénés par la femme,

1. Cité sous Cassation rejét. 8 juillet 1891, S. 92. 1. 490; D. 93. 1. 389;

2. S. 1913. 1. 249, note de M. Le Courtois; D. 12. 1. 57, note de M. de Loynes.

lorsque la vente a été faite en sa présence et de son consentement, aucun texte de la loi n'étend cette responsabilité au cas où le mari a simplement assisté à la réception par la femme de capitaux formant des reprises, c'est-à-dire un acte d'administration où sa présence était inutile.

La Cour de Rouen avait décidé que la seule présence du mari à la réception des deniers suffisait à le rendre responsable, « s'il n'établit pas que la femme a réellement profité de ces sommes soit par un remploi quelconque soit par une remise directe entre ses mains. » La Cour de Cassation cassa l'arrêt et considéra que cette hypothèse était tout à fait en dehors de l'art. 1450. En effet, le législateur dans l'article 1450 ne vise que les cas où la femme incapable d'agir seule a besoin d'être habilitée soit par une autorisation de justice, soit par autorisation maritale. D'autre part, cet article suppose une aliénation à titre onéreux, la responsabilité qu'il impose au mari impliquant un défaut d'emploi de deniers reçus en conséquence de l'acte juridique par lui autorisé.

Raisonnement ainsi sur ce texte revient à considérer l'art. 1450 comme le prolongement de l'article 1449. En effet, après avoir édicté dans l'art. 1449 cette double règle savoir : 1^o que la femme séparée peut aliéner son mobilier ; 2^o qu'au contraire elle ne peut jamais aliéner ses immeubles sans autorisation, le législateur déclare immédiatement que le mari n'est sans doute pas de plein droit comme sous le régime de communauté, responsable du défaut de remploi de prix de l'immeuble aliéné avec l'autorisation de justice, mais qu'il en devient garant quand la vente a été faite en sa présence et de son consentement. Or, si l'art. 1450 est le corollaire de l'art. 1449, il a sa principale raison d'être dans l'incapacité d'aliéner de la femme séparée, mais seulement dans les cas où le mari est intervenu et a exercé lors du contrat son pouvoir de protection. Il ne repose pas sur une idée d'immixtion du mari dans la gestion des biens de la femme. Le mari en conséquence devrait être considéré comme responsable dès le moment où il a levé l'interdiction qui pesait sur sa femme, où il l'a habilitée : il est réputé en faute d'avoir

plus ou moins volontairement omis de veiller à la conservation du capital à provenir de l'aliénation.

Pour être logique avec elle-même la jurisprudence devrait pousser jusqu'au bout son raisonnement et admettre, en conséquence, que, du moment où la raison d'être de l'article 1450 est dans l'incapacité de la femme, le mari est garant du défaut d'emploi par le seul fait qu'il a habilité sa femme à agir, et il paraît d'un bon raisonnement juridique de considérer la responsabilité du mari engagée dès le moment où il a autorisé sa femme. Il lui serait aisé d'échapper à toute responsabilité en autorisant la femme par acte séparé et en n'assistant pas au contrat.

Cet examen de la jurisprudence nous permet de constater que si la jurisprudence semble se fixer sur l'interprétation à donner aux termes de l'article 1450 et se décider en faveur d'une interprétation stricte du texte, elle hésite encore sur les explications à présenter de cette prescription du Code. Examinons les diverses théories qui cherchent à expliquer l'article 1450 et à lui donner un fondement juridique.

Trois théories se présentent (Cf. note de Loynes, D. 1912. 1. 57). D'abord celle de la présomption légale, en vertu de laquelle l'aliénation consentie par la femme avec l'autorisation de justice, mais avec le concours du mari ou en présence et du consentement de celui-ci doit être considérée comme ayant été faite dans l'intérêt du mari. En vertu de cette même présomption légale, le mari est censé avoir touché le prix. De nombreux auteurs se rallient à cette opinion¹. Marcadé exige la présence du mari au moment du paiement du prix. Bénéch fonde cette présomption sur l'influence attachée à la puissance maritale qui survit à la séparation de biens. En faveur de cette opinion, on invoque le considérant suivant d'un arrêt de la Chambre civile du 15 avril

1. Marcadé, *Explication du Code civil*, t. V, sur l'art. 1450. n° 1; Bénéch, *De l'emploi et du remploi* n° 145; Duranton, *Cours de droit français*, t. XV, n° 316; Troplong, *Du contrat de mariage*, t. II, n° 1445-1446.

1882¹. « Qu'en cela l'arrêt a méconnu la présomption légale établie par l'article 1450 du Code civil, lequel rattache la responsabilité du mari au seul fait que la vente a eu lieu en sa présence et de son consentement ».

On déduit de cette présomption interprétée restrictivement comme le doivent être toutes les présomptions légales, que cet article 1450 ne peut s'appliquer qu'au cas de concours et de présence du mari à l'acte ce qui correspond au texte même de l'article 1450 et correspond à la majorité de la doctrine et de la jurisprudence. Cette présomption légale qui servirait ainsi de fondement à la responsabilité du mari dans les cas prévus par l'article 1450 serait en vertu des principes généraux susceptible d'être combattue par la preuve contraire. Il faudrait alors établir de façon positive que le prix a été réellement touché par la femme : on ne saurait se contenter des déclarations insérées à ce sujet dans l'acte auquel le mari aurait participé.

La deuxième théorie est celle qui donne comme fondement à l'article 1450 une idée d'immixtion du mari dans l'administration des biens de sa femme. Le mari commet un empiètement qui le rend responsable. Il en résulte que le mari ne peut pas échapper à cette responsabilité, en prouvant que le prix a été touché par la femme (Laurent, t. XXII, n° 332, Jouitou, t. II, n° 614; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville t. III, n° 1527). Le mari devrait démontrer que la femme a profité du prix par un emploi ou un remploi.

Cette théorie appliquée au cas jugé par l'arrêt de 1911 ci-dessus rapporté nous conduirait à admettre la responsabilité du mari; la Chambre civile a refusé d'admettre cette doctrine. La Cour de cassation avait toutefois confirmé l'arrêt de la Cour d'Angers de 1890 ci-dessus rapporté, qui étayait sa décision sur cette idée d'ingérence du mari.

Enfin la troisième théorie rattache la responsabilité du mari en dehors des cas où il est prouvé que les deniers ont été

1. D. 82. 1. 371.

touchés par lui ou lui ont profité et dans lesquels cet enrichissement suffit pour motiver son obligation, à l'autorité dont il est investi et au devoir de protection dont il reste tenu. Le mari est responsable chaque fois qu'il exerce son autorité et manifeste la volonté de remplir le devoir de protection qui lui incombe¹.

En conséquence il n'est pas nécessaire qu'il ait assisté au paiement du prix, comme Marcadé semble disposé à l'exiger; il suffit qu'il ait autorisé l'acte, exerçant ainsi son autorité et remplissant son devoir de protection². Le mari ne pourra donc pas se soustraire à cette responsabilité en prouvant que le prix a été payé à la femme et perçu par elle. Il faut qu'il prouve qu'il y a eu emploi au profit de la femme; il est tenu à cela toutes les fois que la femme séparée frappée d'incapacité par la loi a été habilitée à consentir un acte juridique par l'autorisation de son mari, qu'il y ait été présent ou non. L'article 1450 s'applique donc à toute aliénation. Mais s'il s'agit d'un acte que la femme pouvait accomplir seule, l'intervention du mari ne saurait engager sa responsabilité et entraîner pour lui la garantie de l'emploi ou du remploi.

Cette théorie est sanctionnée ainsi que nous l'avons montré par l'arrêt de la Cour de cassation de 1911.

C'est d'ailleurs à cette théorie que nous nous rallions. Elle est la seule à avoir vraiment une base juridique sérieuse et à s'accorder logiquement avec toutes les dispositions du Code civil relatives à la protection de la femme mariée.

Le premier argument qui doit être présenté en sa faveur est la filiation établie par la jurisprudence entre les deux articles 1449 et 1450. La femme est incapable : du jour où son mari lève cette incapacité il devient responsable des suites

1. En ce sens, Toullier, *Droit civil français*, XIII, n° 108; Troplong, II, n° 1445; Battier, *Traité de la communauté*, II, 655; Rodière et Pont, III, n° 2206; Aubry et Rau, 5^e édit., t. VIII, § 516, note 73 *in fine*.

2. En ce sens, Battier, II, n° 655; Duranton, XIV, n° 429; Troplong, II, n° 1447; Bencich, 145; Dutruc, n° 386; Rodière et Pont, III, 2207; Aubry et Rau, VIII, § 516, note 73; Guillouard, t. III, n° 1212 et arrêt de 1848 précité (discuté d'ailleurs).

de l'acte qu'il a autorisé. Il lui serait trop aisé et trop indifférent d'échapper à toute responsabilité en autorisant sa femme par acte séparé et en se dispensant d'assister au contrat. Sans doute le texte du Code parle expressément de « présence et de consentement ». Mais, n'y a-t-il pas là une simple redondance du texte ? Et l'argument existerait-il, n'y aurait-il pas lieu en présence de la filiation logique des articles 1449 et 1450 d'où semble se déduire la pensée du législateur, de renoncer à une interprétation peut-être trop rigide du texte pour admettre une interprétation logique.

Nous n'hésitons pas d'ailleurs à reconnaître les conséquences de notre théorie. Puisque le mari est responsable par le seul fait du consentement donné, il est logique de lui concéder le droit de subordonner son autorisation à telles conditions qu'il jugera nécessaires pour sauvegarder les intérêts de sa femme : ainsi il pourra défendre au tiers acquéreur de payer le prix sans justification d'un emploi ; ou bien encore il pourra être admis à faire opposition entre les mains de l'acquéreur sur lequel serait ainsi transportée la responsabilité du remploi s'il passait outre et remettait les deniers à la femme¹. L'on ne saurait blâmer l'excès de prudence du mari, et il nous paraît que notre théorie protège efficacement la femme en lui permettant de se défendre contre toute négligence de son mari.

Mais il faut bien reconnaître également que le mari ne devient responsable que lorsqu'il a autorisé un acte que la femme n'avait pas la capacité d'accomplir toute seule ; et nous nous accordons ainsi pleinement avec la décision de l'arrêt précité de 1911 qui affirme que « la responsabilité du mari ne saurait être engagée quand il a assisté à une simple réception de capitaux ».

1. Aubry et Rau, VIII, § 516, texte et note 76 ; Rodière et Pont, III, 2216 ; Guillaouard, III, 1217 ; En sens contraire, M. Benoît, *op. cit.*, p. 153.

La jurisprudence reste, on le voit, hésitante, et ceci nous permet d'apercevoir la nécessité d'une clause clairement rédigée dans le contrat de mariage; les parties restent évidemment libres de restreindre ou d'étendre cette responsabilité. Ils peuvent même l'étendre jusqu'à stipuler le remploi obligatoire dans les mêmes conditions que sous le régime de communauté. Ainsi certains contrats stipulent que « le mari ne sera déchargé que par l'emploi à faire des capitaux des prix de vente, que cet emploi devra pour sa validité être fait ou accepté par la future épouse, qu'à défaut de cet emploi le futur époux ou ses héritiers seront tenus de rembourser les capitaux et les prix de vente à la future épouse ou à ses héritiers. »

Cette clause achève de protéger la femme séparée contre les abus de l'influence maritale et à son sujet se pose une question : peut-on admettre pour les époux séparés de biens la faculté de stipuler l'emploi ou le remploi obligatoire conformément aux articles 1434 et 1435 du Code civil, alors que nous n'avons pas admis que l'inaliénabilité dotale puisse frapper les biens de la femme séparée ? Il nous paraît parfaitement logique de l'admettre sans qu'il puisse y avoir entre les deux solutions la moindre contradiction. En effet, au cas de remploi obligatoire, il ne peut plus être question d'incompatibilité entre le remploi et la séparation de biens et ici, par conséquent le principe de la liberté des conventions matrimoniales peut jouer librement. Au demeurant, cette clause ne fait que confirmer et renforcer l'article 1450. Ce n'est pas, en effet, une nouvelle incapacité dont est frappée la femme. En toute hypothèse, elle devra demander l'autorisation de son mari et la vente sera parfaite dès que l'autorisation de son mari à la vente aura été obtenue. Mais la responsabilité du mari et éventuellement des tiers sera aggravée. Ce ne sont pas les biens qui sont frappés d'une indisponibilité quelconque; ils restent aliénables dans les conditions habituelles; ils restent dans le commerce, c'est leur contre-valeur qui est soumise à certaines garanties.

Remploi et inaliénabilité dotale sont choses totalement différentes et nous admettons l'un pour repousser l'autre sans qu'il y ait contradiction dans notre théorie.

La Cour d'appel de Palerme¹ a admis que sous l'empire du Code civil français, il n'était pas interdit aux époux tout en adoptant le régime de séparation de biens dans leur contrat de mariage de stipuler l'emploi ou le remploi obligatoire des biens de la femme.

Les tribunaux français² ont, d'ailleurs, toujours considéré que le remploi obligatoire pour les tiers ne suffisait pas pour rendre dotaux les biens de la femme; ils ont, par suite, décidé que nonobstant cette clause de remploi, la femme peut s'obliger vis-à-vis des tiers sur ses biens personnels³ et peut faire cession de ces mêmes biens au profit de ses créanciers personnels⁴.

Non seulement les contrats de mariage renforcent la protection accordée à la femme séparée par l'article 1450 en rendant le remploi obligatoire en toute hypothèse, mais ils en étendent la portée en stipulant que cet article s'appliquera non seulement aux « ventes d'immeubles », mais à toute vente et même aux ventes de droits mobiliers. La jurisprudence a, d'ailleurs, admis cette extension de plein droit même à défaut de clauses du contrat de mariage la stipulant. C'est qu'en effet, en matière de ventes mobilières comme de ventes immobilières, même protection est nécessaire à la femme, et sur ce point, le Code civil porte la date de sa rédaction et ne considère comme intéressantes et dignes de protection que les seules ventes d'immeubles, les meubles étant encore au début du XIX^e siècle, le *res vilis* de l'ancien Droit.

En conséquence, suivant notre théorie, la femme séparée

1. 10 juillet 1899, Palerme, S. 1901. 4. 17.

2. Lyon, 11 juillet 1857, S. 58. 2. 6; Cass. 8 juin 1858, S. 58. 1. 417; Lyon, 11 janv. 1868, S. 68 2. 7; Cassat., 19 janvier 69, S. 69. 1. 360; Cass., 18 octobre 1898, S. 1898. 1. 521

3. Cass., 8 juin 1858, précité.

4. Lyon, 14 janvier 1868 et Cassat., 19 janvier 1869 précités.

de biens ne pourra aliéner ses valeurs mobilières industrielles ou commerciales qu'avec l'autorisation de son mari pour toute vente excédant les limites de l'administration; car elle garde, bien entendu, son pouvoir d'aliénation de ses meubles dans la limite de l'administration de sa fortune.

La Cour de cassation a admis cette extension de l'application de l'article 1450 par un arrêt du 25 avril 1882¹ qui décide que la règle de l'article 1450 « ayant pour base l'incapacité d'aliéner laquelle est générale pour les femmes d'après l'article 217 du Code civil et s'applique aux meubles comme aux immeubles régit par identité de motifs les ventes mobilières aussi bien que les ventes immobilières. »

Poursuivant cette extension, certains auteurs admettaient que l'article 1450 s'appliquait dans tous les cas où la femme séparée peut avoir à recevoir des sommes quelconques pour quelque cause que ce soit ». (Baudry-Lacantinerie, III, p. 127; Benoit, *op. cit.*, p. 157.)

« Il est aussi utile d'assurer à la femme la restitution de tous les capitaux qu'elle a reçus en la présence de son mari, qu'ils proviennent d'aliénations de meubles ou d'immeubles ou bien d'une autre cause quelconque, dation en paiement, échange avec soulte, donation avec charges, la raison d'être de cette responsabilité étant toujours dans le même fait : l'immixtion illégale dans la gestion du patrimoine de la femme ».

L'on voit à quelles extrémités conduit la théorie de la responsabilité du mari basée sur l'immixtion, puisque elle engage cette responsabilité pour des actes de simple administration. Nous considérons que c'est élargir singulièrement le texte et l'esprit de l'article 1450 que de l'appliquer aux actes d'administration. Sans nul doute il doit s'appliquer pour toute vente quelle qu'en soit la forme, disons même pour toute aliénation à titre onéreux, du moment qu'il en résulte une contre-valeur à garantir. Mais suivant les termes de la juris-

¹ *Journal du Palais* 1882, I, 1121; Guillouard, III, 1216.

prudence (arrêt de 1911, précité), « aucun texte de loi n'étend cette responsabilité au cas où le mari a simplement assisté à la réception par la femme de capitaux formant des reprises, c'est-à-dire d'un acte d'administration où sa présence était inutile ». (Cf. note de Loynes, D. 1912. 1. 57). Les contrats de mariage auraient une certaine tendance à engager la responsabilité du mari dès qu'il y a mouvements de fond. De leur rédaction dépendra la responsabilité du mari.

Une dernière protection est prise par les rédacteurs des contrats en faveur de la femme séparée de biens : « La femme disent-ils, sera indemnisée de tous engagements pris par elle, au cours du mariage avec le mari ou pour lui ». Le mari devient responsable de l'engagement que la femme a pris pour lui et lui doit indemnité de ce fait.

L'origine de cette clause s'explique aisément, si l'on se rappelle certaine pratique notariale au cours du siècle dernier. Les notaires avaient pris coutume de déclarer dans le contrat de mariage la femme incapable de s'engager pendant le mariage pour le mari et plus spécialement de le cautionner. Un arrêt de la Cour de Paris du 17 novembre 1875 annula les engagements contractés en faveur de son mari par une femme séparée de biens dont le contrat de mariage contenait une clause de ce genre et le 6 décembre 1877, la même Cour adoptait pareille solution pour une femme mariée sous le régime de communauté réduite aux acquêts. Nous avons rapporté plus haut (Cf. page 8^e et sq.) les phases de la discussion qui s'ensuivit et la décision de la Cour de cassation qui déclara la femme capable de s'obliger avec l'autorisation de son mari et de cautionner son mari; cette décision déclarait sans valeur juridique l'interdiction du *senatus consultum Velleien* tombée en désuétude.

La femme séparée de biens peut donc et nonobstant toute clause contraire intercéder pour son mari. La clause que nous rapportons tend à protéger la femme contre le risque qu'elle court de ce fait, en lui garantissant une indemnité payable par le mari ou ses héritiers, quelle que soit la forme de l'engagement souscrit.

Ainsi protégée dans tous ses actes, tant dans ceux qu'elle accomplit en son nom personnel que dans ceux qu'elle peut contracter pour son mari, la femme séparée de biens trouve dans la pratique et dans la loi des remèdes efficaces contre l'influence maritale. Cette protection était nécessaire, puisque la femme même sous ce régime d'indépendance reste incapable et dépendante de son mari.

Ainsi que nous l'écrivions au début de cette étude, ce régime ne présente pas tous les avantages que voudraient lui reconnaître les partisans décidés de l'émancipation juridique de la femme. C'est un régime qui a besoin pour répondre aux tendances modernes de la femme de retouches législatives sérieuses; il doit être mis au point; trop de questions essentielles y restent en suspens; les décisions les plus diverses de la jurisprudence se rencontrent sur un même sujet, les réformes doivent être faites avec libéralisme, mais sans excès. Il ne faut pas oublier que quelle que soit la légitimité des droits de la femme, elle a aussi des devoirs, et que la prospérité du foyer et de la famille dépend essentiellement de l'harmonie du ménage. Nul n'a le droit de venir troubler cette harmonie soit par de vaines réformes, telles celle de M. Martin, soit par des réformes plus sérieuses et par suite plus dangereuses, telle celle de M. Beauquier tendant à instaurer la séparation de biens comme régime légal en France. L'égoïsme de cette séparation d'intérêts ne répond pas à la majorité des ménages français. Le mécanisme ingénieux et intéressant de certaines de ses combinaisons peut servir l'intérêt de quelques-uns. A ce titre il mérite d'être étudié; il importerait surtout qu'il fût amélioré.

Vu ; permis d'imprimer,
*Le Recteur de l'Académie
de Paris.*

APPEL.

Vu : *Le Président de Thèse*

CAPITANT.

Vu :
Le Doyen,

F. LARNAUDE.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

Colin et Capitant. — *Cours élémentaire de droit civil français*, édition 1916.

Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*, 6^e édition.

Baudry-Lacantinerie. — *Précis de droit civil*, 10^e édition.

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français*, 5^e édition publiée par M. E. Bartin.

Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. — *Cours de droit civil*
Traité du contrat de mariage, 3^e édition, 1906.

Colmet de Santerre (Demantet). — *Cours analytique de Code civil*.
2^e édition, 1881-1895; 3^e édition, 1895.

Demolombe. — *Cours de Code Napoléon*.

Huc. — *Commentaires du Code civil*, 1892 à 1903.

Laurent. — *Principes du droit civil français*.

Loché. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*.
Recueil des discussions et travaux préparatoires de nos Codes,
Paris, 1829-1832.

Lyon-Caen et Renault. — *Traité de droit commercial*, 1918, 11^e édition.

Delvincourt. — *Cours de Code civil*, Paris, 1819.

Duranton. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, 1825-1842.

Marcadé. — *Explications théoriques et pratiques du Code civil*, Paris 1885.

Toullier. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, 1831-1843.

Zachariae. — *Cours de droit civil français*, traduit de l'allemand par Aubry et Rau, Strasbourg, 1839-1844.

Traités spéciaux

Rodière et Pont. — *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 2^e édit., 1865, 3 volumes.

Guillouard. — *Traité du contrat de mariage*, 3^e édition, 1895.

Bellot des Minières. — *Traité du contrat de mariage*, 1826.

Odier. — *Traité du contrat de mariage*, 1826.

Troplong. — *Traité du contrat de mariage*, 1857.

Dutruc. — *Traité de la séparation de biens judiciaire*, Paris, 1853.

Tessier. — *De la société d'acquêts*, édition de Loynes, Paris, 1881.

Seriziat. — *Traité du régime dotal*, Paris, 1819.

Benoit. — *Traité des biens paraphernaux*, 1846.

Piollet. (Ch.). — *Etude sur la communauté d'acquêts et la société d'acquêts jointe au régime dotal*, Paris, 1877.

Benech. — *De l'emploi et du rempli de la dot sous le régime dotal*, Paris, 1847.

Turgeon. — *Le féminisme français*.

Folleville (de). — *De l'incapacité de s'obliger*.

Valette. — *Mélanges de droit et de jurisprudence*.

Thèses

Contantinesco. — *Des pouvoirs de la femme judiciairement séparée de biens*, Paris, 1912, t. XXV.

Chambel. — *De la séparation de biens comme régime matrimonial légal*, Paris, 1911, t. XXXIX.

Benoit (Maurice). — *L'action commune des époux sous le régime de séparation de biens*, Paris, 1909, t. LVIII.

Revues

Bulletin de la Société d'études législatives.

Bulletin de statistique.

Bulletin de la Société de Législation comparée.

Bulletin du Comité des travaux historiques.

Revue trimestrielle de droit civil.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

France judiciaire.

Documents parlementaires du Sénat et de la Chambre des députés.

Dalloz. — *Jurisprudence générale* (Dal., alphab., abréviation).

Dalloz. — *Recueil d'arrêts* (D., abréviation).

Sirey. — *Recueil général des lois et arrêts* (S., abréviation).

Pandectes françaises. — Recueil d'arrêts fondu depuis 1908 avec le
Sirey.

Les autres ouvrages cités au cours de cette étude sont mentionnés dans les notes sous le texte avec la précision nécessaire pour pouvoir s'y référer.

TABLE DES MATIÈRES

PREFACE	7
CHAPITRE PREMIER. — Quand y a-t-il séparation de biens contractuelle	15
CHAPITRE II. — Capacité de la femme séparée de biens	22
§ 1. — Les pouvoirs donnés à la femme séparée de biens par son contrat de mariage ne peuvent être que ceux énumérés par la loi	23
§ 2. — Limites fixées par la loi aux modifications restrictives de la capacité de la femme séparée de biens	28
§ 3. — Limites fixées par la loi aux modifications extensives de la capacité de la femme séparée de biens	39
SECT. I. — Pratique notariale	40
SECT. II. — Interprétation combinée des art. 217 et 1449	45
SECT. III. — Listes des actes rentrant dans les pouvoirs de la femme séparée	56
Appendice. — Tentative de réforme. Projet de loi Beauquier du 5 avril 1910	8
CHAPITRE III. — De la contribution de la femme séparée de biens aux charges du ménage	91
§ 1. — Des clauses possibles et de leur modification éventuelle au cours du mariage	93

§ 2. — A qui doit être versée la contribution de la femme séparée	102
§ 3. — Modes et moyens de recouvrement donnés au mari par la loi	105
Appendice. — Gains et salaires de la femme séparée. Loi de 1907	110
CHAPITRE IV. — De la clause de société d'acquêts	114
§ 1. — La clause, sa rédaction, sa fréquence, son utilité...	114
§ 2. — Son principe : « De la juxtaposition de deux régimes »	119
§ 3. — Règles provenant de la séparation de biens	121
§ 4. — Règles provenant de la communauté	125
CHAPITRE V. — Des apports et des présomptions de propriété	133
§ 1. — Peut-on se dispenser de mentionner les apports dans un contrat de mariage quel que soit le régime adopté...	131
§ 2. — De la mention des apports et des clauses de présomp- tion de propriété sous le régime de séparation des biens	141
Appendice. — Proposition de loi Sibille, 17 février 1920	142
CHAPITRE VI. — De la responsabilité du mari	154
§ 1. — Responsabilité du mari par la perception des revenus	155
SECT. I.— Mandat exprès donné au mari par la femme	156
SECT. II.— Mandat tacite donné au mari par la femme	160
SECT. III.— Usurpation de l'administration des biens de la femme par le mari, malgré l'opposition de celle-ci	171
§ 2. — Responsabilité du mari à l'occasion de son concours aux actes de la femme. (Art. 1450)	175
1° Autorisation de justice	177
2° Autorisation maritale	179
Bibliographie	193



